



Ana Carolina Lopes Marques

O sigilo bancário na relação jurídica fiscal

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora Rita Calçada Pires, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Setembro de 2016

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, Setembro de 2016

Ana Carolina Lopes Marques

Menções diversas

A presente dissertação encontra-se redigida em língua portuguesa de acordo com o antigo acordo ortográfico. O corpo da dissertação incluindo espaços e notas ocupa 172.078 caracteres.

Todas as decisões jurisprudenciais referenciadas proferidas pelos tribunais portugueses podem ser encontradas em *www.dgsi.pt*. Quanto aos Relatórios da OCDE podem ser encontrados em *www.oecd.org*, assim como as Directivas e Comunicações europeias em *www.eur-lex.europa.eu*.

As monografias são citadas pelo autor, título, volume, edição, local, editora, data e páginas. Nas referências seguintes cita-se o autor e o título abreviado se o autor tiver mais do que uma obra citada, caso contrário apenas se cita o autor. Os artigos de revista citam-se pelo autor, título, nome da publicação, número, data e páginas. Nas referências seguintes cita-se o autor e o título abreviado se o autor tiver mais do que uma obra citada, caso contrário apenas se cita o autor. As decisões jurisprudenciais citam-se pelo Tribunal, data e nº de processo.

Abreviaturas:

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Pp. – Páginas

P. – Página

Ob. cit. – Obra citada

Vol. – Volume

Ed. – Edição

Ss. – Seguintes

Nº - Número

Ac. – Acórdão

DL –Decreto-Lei

Al. – Alínea

Proc. – Processo

UE – União Europeia

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
TCA – Tribunal Central Administrativo
TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
CRP – Constituição da República Portuguesa
CC – Código Civil
LGT – Lei Geral Tributária
RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CPC – Código de Processo Civil

Resumo

O presente trabalho científico tem por objectivo analisar a derrogação do sigilo bancário no confronto ao direito à intimidade da vida privada e familiar, o que sucede face à necessidade de acesso por parte da Administração Tributária aos dados bancários de determinados contribuintes. Nestes termos, importa considerar sobretudo o regime previsto pela LGT, nomeadamente nos seus arts. 63.º a 64.º-C, o que através de um estudo evolutivo dos mesmos, permitiu constatar da progressiva abertura a que o sigilo se encontrou sujeito. Assim, de acordo com este regime jurídico passou a ser possibilitado o acesso a informações bancárias sem dependência de autorização judicial, assim como sem consentimento do titular dos elementos protegidos, permitindo até trocas automáticas de informação pelas instituições financeiras. No mesmo sentido, encontramos a evolução estabelecida na OCDE e UE, relevante no caso pela necessidade de cooperação e medidas conducentes à transparência fiscal, num clima que potenciou a abertura da confidencialidade.

Conclui-se que o segredo bancário é um direito constitucional fundamental, que constitui dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, nº1 da CRP), além da desconsideração de níveis de protecção distintos contidos neste direito, pela relevância dos dados económicos na revelação da vida pessoal do sujeito. Considerou-se que o dever fundamental do pagamento de impostos, assim como a arrecadação de receitas, postas em causa pela fraude e evasão, são também cruciais para o desenvolvimento do sistema fiscal, e por isso, há um interesse público na quebra, constitucionalmente consagrado, sendo as finalidades fiscais igualmente relevantes, estando em causa os princípios da igualdade, capacidade contributiva, e a solidariedade entre contribuintes.

Da ponderação de interesses realizada, de acordo com o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, nº2 da CRP), conclui-se pela derrogação do sigilo bancário, na presença de bens jurídicos superiores, como aliás sucede.

Contudo, o segredo bancário, embora não seja um direito absoluto, não se considera que seja permitido um acesso irrestrito, que seria contrário aos valores constitucionais, encontrando-se os direitos do contribuinte sempre assegurados nos procedimentos e processos utilizados.

Introdução

A presente investigação pretende uma abordagem da matéria do sigilo bancário na relação jurídica fiscal, privilegiando a perspectiva do impacto sofrido no ordenamento jurídico português.

A construção da temática visa assim contrapor a questão da legitimidade da derrogação do sigilo bancário e o direito à reserva da intimidade da vida privada.

Neste sentido, quer-se proceder a um estudo que analise o segredo bancário, primeiramente, pelo prisma conferido pelo próprio direito bancário, e portanto atender à sua natureza, aos seus fundamentos, com apoio sobretudo no RGICSF, para posteriormente partir para a compreensão da forma como este e o direito fiscal devem interagir, dada a constatação da necessidade de acesso por parte da Administração Tributária aos dados financeiros de certos contribuintes.

Na condução da investigação, mostram-se essenciais as alterações dos textos legais a que houve lugar, para a percepção do sentido evolutivo da problemática, devendo elaborar-se uma retrospectiva da legislação portuguesa, o que se inicia pelo DL n.º 2/78, de 9 de Janeiro, que designa um período marcado pela defesa acérrima do sigilo bancário, até à Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que representa o ponto de viragem, e o início de um clima propício à abertura, que culmina na actual Lei n.º 13/2016, de 23 de Maio, devendo aliás, ser todo este percurso acompanhado, pelas respectivas considerações doutrinárias e jurisprudenciais a que haja lugar na matéria.

O fenómeno da globalização, associado à necessidade de abertura de fronteiras, do aumento das transacções comerciais, assim como o desenvolvimento de novas tecnologias, acarretam consigo uma lógica de cooperação, que traz à tona a ideia de transparência fiscal, a qual só seria possível através de uma abertura no plano da confidencialidade, o que significa a derrogação do segredo bancário. Tomando estas ideias em consideração, demonstra-se relevante para o presente estudo, a questão da troca de informações e a assistência na cobrança de créditos, propondo-nos a abranger quer o plano da OCDE, quer o da UE, de modo a permitir o entendimento das influências importadas para o direito interno.

Despertou particular interesse a compreensão da relevância do direito fiscal nos nossos dias, e sobretudo na forma como se relaciona com o segredo bancário. Como tal, quer-se imprimir especial ênfase à divergência doutrinária, e também ínsita na

jurisprudência, quanto à consideração do segredo bancário como direito fundamental, nos termos do art. 26.º da CRP, onde se insere a pertinente discussão relativamente à distinção de várias esferas do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e portanto, numa perspectiva constitucional da matéria.

Seguidamente deve observar-se da legitimidade para aposição de limites ao segredo, tendo em vista as finalidades fiscais, também previstas constitucionalmente, onde se reconhece a existência de uma situação de conflito. Por um lado, o interesse privado na manutenção do segredo bancário, para tutela da privacidade, por outro, o interesse fiscal na justa e atempada arrecadação de receitas, no combate à fraude e evasão.

Por último, deve realizar-se uma ponderação de valores, de acordo com o princípio da proporcionalidade, e em respeito pelos direitos, liberdades e garantias do contribuinte.

Capítulo I – O sigilo bancário

1. Conceito e Enquadramento

O dever de sigilo surge como um valor transversal a um conjunto de diversificadas situações. Encontra-se presente na vida pessoal, mas também no campo contratual, e de modo bastante evidente, no âmbito profissional. A sua necessidade torna-se facilmente perceptível, pela confiança que estas relações pressupõem, sendo adquiridos conhecimentos da vida privada dos indivíduos, que não devem ser revelados, o que explica que seja essencialmente uma obrigação de *non facere*.

Nas relações contratuais, o dever de segredo é uma imposição da própria boa-fé (art. 762.º, n.º2 do CC). As informações obtidas por via da relação contratual não podem ser utilizadas fora desta. No âmbito profissional, a regra do sigilo ganha notoriedade, manifestando-se enquanto elemento do código deontológico de algumas profissões, onde mais uma vez, a confiança surge como factor determinante.

Nestes termos, o sigilo tem um papel central na actividade bancária, pela relação que o cliente estabelece com o Banco, devendo as instituições do sector bancário, os órgãos e funcionários proceder ao cumprimento de uma obrigação geral de discrição quanto aos dados de natureza pessoal e económica dos clientes, obtidos exclusivamente no exercício das suas funções, correspondendo a uma proibição de revelação e de utilização dos mesmos.¹ Denota-se assim o aspecto fulcral do sigilo na relação jurídica bancária, que se prende, como supra referido, à questão da confiança, e da protecção da intimidade do cliente, e como veremos, à confiança nas próprias instituições bancárias em termos gerais.

Relativamente à proveniência de uma obrigação de sigilo, alguns autores reconhecem-lhe um pendor contratualista. O dever de sigilo decorreria do contrato, quer o contrato bancário em geral, quer os sucessivos contratos realizados², surgindo assim como obrigação acessória. Nas relações contratuais o dever de sigilo surgiria sempre enquanto imposição da boa-fé negocial aos contraentes. Há ainda quem defenda, a sua

¹ Assim, AZEVEDO, Maria Eduarda, O segredo bancário e a fiscalidade: A perspectiva portuguesa, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº428, Lisboa, 2012, p. 9.

² Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p.356; SOUSA, Rabindranath Capelo, O segredo bancário: em especial face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 176.

decorrência dos usos e costumes da banca ³, na medida em que as relações entre o cliente e o banqueiro sempre se pautaram pela discrição, caso contrário, face à existência de uma quebra de confiança, o cliente não procuraria o banco, tendo-se construído uma prática reiterada neste sentido. A prática denota, novamente, o facto de o segredo não respeitar apenas a um interesse do cliente relativo à sua intimidade, tratando-se de um interesse mútuo, que tem subjacente a reputação da própria instituição bancária. De acordo com a tese do dever profissional, a obrigação decorreria do próprio exercício da profissão e verifica-se relativamente às informações obtidas no decorrer desse exercício.

A distinção de perspectivas referida não é crucial para a percepção do conceito e natureza do dever de sigilo bancário, não se verificando em Portugal uma intensificação do debate doutrinário a respeito da matéria, surgindo meras referências à existência das teorias. No entanto, estas contribuem para o entendimento da noção de sigilo, através de uma visão conjunta das mesmas.

O sigilo bancário encontra-se regulado pelo RGICSF (DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro), nomeadamente nos arts. 78.º a 84.º deste diploma, manifestando-se aqui numa perspectiva profissional, daí o próprio capítulo se intitular por “segredo profissional”.

O art. 78.º, nº1 do RGICSF estabelece uma cláusula geral, na qual se impõe uma obrigação de sigilo para “os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional”. Encontra-se também sujeito quem exerça ou tenha exercido funções no Banco de Portugal, assim como quem lhe preste ou tenha prestado serviços, quer ocasional ou permanentemente (art. 80.º, nº1), assim como as autoridades, organismos, e pessoas que participem na troca de informações com o Banco de Portugal, de acordo com o art. 81.º, nº5, a propósito dos deveres de cooperação com outras entidades e países.

Nos termos da cláusula geral, não pode haver lugar a revelação ou utilização de informações sobre factos ou elementos que respeitem à vida da instituição ou às relações desta com os clientes, na medida em que esse conhecimento advenha

³ Segundo Maria Eduarda Azevedo, esta seria definida como a tese do costume interpretativo, de acordo com a qual, a cláusula contratual teria natureza tácita, e cujo acatamento da mesma se tornara tradicional e reiterado, gerando responsabilidade civil e criminal em caso de incumprimento, AZEVEDO, Maria Eduarda, ob. cit., p.12.

exclusivamente do exercício das funções ou da prestação de serviços, tendo de se verificar um nexo de causalidade entre o conhecimento e as funções exercidas.

O nº2 do art. 78.º consagra uma enumeração exemplificativa, da qual constam elementos considerados relevantes que estão sujeitos a segredo, sendo estes “os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias.”

O segredo só pode ser levantado de acordo com as excepções legalmente previstas, o que atribui ao art. 79.º deste diploma uma relevância extrema, e demonstra que o legislador não consagrou a obrigação de sigilo como um direito absoluto. Nos termos do seu nº1, a revelação pode ocorrer mediante autorização expressa do cliente nesse sentido, compreendendo-se que o próprio titular do direito, tenha o poder de o restringir, e portanto, assumindo esta excepção um carácter voluntário, admissível nos termos do art. 81.º do CC. Fora dos casos em que essa autorização exista, a revelação apenas se verifica nas situações previstas pelo nº 2 do art. 79.º, onde se apresentam excepções de cariz institucional, e outras decorrentes da própria legislação, e donde resulta a sua taxatividade, tendo em vista a defesa de interesses públicos.^{4 5}

A violação do dever de segredo, fora das situações em que esta é admissível, faz o infractor incorrer em responsabilidade civil, disciplinar, mas também criminal, verificando-se uma protecção do segredo profissional também ao nível do direito penal, mais concretamente nos arts. 195.º, 196.º e 383.º do CP, e para onde remete o próprio art. 84.º do RGICSF.

⁴ Nos termos do DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro (art. 79.º, nº2), “os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados: ao Banco de Portugal; à Comissão do Mercado de Valores Imobiliários; ao Fundo de Garantia de Depósitos, ao Sistema de Indemnização aos Investidores e ao Fundo de Resolução, no âmbito das respectivas atribuições; às autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal; à administração tributária, no âmbito das suas atribuições; quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo.”

⁵ Relativamente ao art. 79.º, este refere as situações em que os factos ou elementos são susceptíveis de revelação, nada se dizendo a respeito da sua utilização, ou seja, do seu aproveitamento. Considera-se, no entanto, que se deverá entender como não estando compreendida a possibilidade de aproveitamento, dado o carácter de excepcionalidade da revelação. Posição que é sustentada por SOUSA, Rabindranath Capelo de, *ob. cit.*, p.189.

2. Fundamentos

O sigilo bancário não existe apenas tendo em vista a tutela da posição do cliente⁶. Este toma outras dimensões, as quais, primeiramente visam proteger, em termos reputacionais, a própria instituição bancária, estando por isso em causa o crédito e bom nome da pessoa colectiva (484.º do CC; 160.º do CC; 12.º, nº 2 da CRP). Se a instituição bancária não oferece a confiança necessária, dará lugar ao descrédito, que será impeditivo de uma situação de atracção de clientela nova e de manutenção da sua clientela. A inexistência de uma relação de confiança nos termos referidos poria em causa o funcionamento de todo o sistema bancário, com as sucessivas repercussões na economia. Assim, a relação que o cliente estabelece com o Banco tem em consideração interesses que são recíprocos e que vão além da protecção da informação respeitante ao cliente, revelando também, que ao segredo se encontra subjacente um interesse público⁷.

A justificação económica é um fundamento tão legítimo quanto o da tutela da privacidade do cliente. Uma situação de preservação da confiança na Banca gera um incentivo à poupança e ao investimento, e daí ser conducente a uma outra dimensão que transcende a relação interpartes, e que se prende com uma finalidade económica, à luz do art. 101.º da CRP, atribuindo ao segredo um papel em termos de contributo para o desenvolvimento.

Os fundamentos partem de um princípio da confiança, o qual é atribuidor de vantagens para ambas as partes numa relação bancária, mas com repercussões no funcionamento do sistema bancário em geral, através da confiança criada no público. Quer-se assim evidenciar o facto de se poderem retirar outras dimensões do segredo no âmbito bancário, uma vez que este não se cinge à questão da confidencialidade na perspectiva do cliente, embora esta seja um aspecto fulcral e relativamente ao qual importa atender.

⁶ Como refere Noel Gomes, verifica-se uma “relação complexa triangular, formada em cada um dos seus vértices por diferentes interesses”, em que se configura um interesse privado do cliente, um interesse privado da própria instituição bancária, e por último, um interesse público, GOMES, Noel, *O Segredo Bancário e Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 72 e ss.

⁷ Tal como observa Menezes Cordeiro, “O segredo deixa, progressivamente, de ser uma exigência de tranquilidade contratual e da confiança bilateral, surgida entre os contratantes. Ele assume a dimensão de uma exigência pública, necessária para o funcionamento das instituições”, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., p. 353.

Os dados respeitantes a uma conta bancária são reflexo da vida do cliente, quer ao nível pessoal, quer económico. A relação contratual estabelecida com o Banco deve por isso pautar-se por uma garantia de confidencialidade, de modo a que a privacidade seja assegurada. Numa relação bancária impõe-se a lealdade das partes envolvidas, que implica a não revelação ou aproveitamento de conhecimentos e informações obtidos no seio desta relação, relativamente a elementos respeitantes à situação patrimonial e pessoal da contraparte. A obrigação de discrição, como evidenciado pelo RGICSF, é uma regra de conduta, que assiste às instituições bancárias, e que se afirma em prol da posição do cliente face a terceiros, e no respeitante a todas as operações realizadas, apenas se verificando a sua quebra nos casos legalmente previstos.

Face ao exposto, torna-se clara a relevância de um direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Este direito insere-se no âmbito de um direito geral de personalidade, consagrado pelo art. 70.º do CC, e em especial, encontrando-se regulado pelo art. 80.º do CC, segundo o qual, “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”. De acordo com a teoria das esferas, o art. oferece protecção relativamente às esferas privada, secreta e íntima.⁸ Este art., no seu nº2, delimita a extensão da reserva em função de um elemento objectivo e outro subjectivo. No primeiro caso, respeitará a situações relacionadas com questões de justiça que podem levar a uma intromissão na privacidade, tendo que ser realizada uma ponderação perante o caso concreto. Em termos subjectivos, estará ligado ao caso de alguém que desempenhe funções com notoriedade, que pode remeter para certo cargo que o individuo exerça, ou para o facto de respeitar a uma personalidade célebre por outras circunstâncias.

A violação deste direito conduziria a responsabilidade civil nos termos do art. 483.º, nº1 do CC, podendo haver lugar a responsabilidade pelo risco (arts. 500.º e 501.º do CC), e desencadeia a tomada das medidas adequadas de modo a fazer cessar a intromissão na privacidade, o que decorre do art. 70.º, nº2 do CC. Eventualmente poderia resultar na aplicação de medidas cautelares, bem como na possibilidade de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias. Verificam-se ainda uma série de crimes

⁸ Tal como observa Menezes Cordeiro, a esfera privada circunscreve-se à vida privada comum do individuo; a esfera secreta remete para os segredos do próprio, e que este tenha decidido não proceder à sua revelação; a esfera íntima respeita à vida ligada ao cônjuge e aos filhos, e portanto a aspectos que se prendem à vida sentimental ou familiar da pessoa num sentido mais estrito. A estas esferas assiste uma tutela absoluta, sendo inacessíveis sem autorização para o efeito, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo III, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 240. (Heinrich Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*).

que visam a defesa deste direito, tendo sido fortificada a tutela penal desta matéria. Os arts. 190.º, 192.º e 193.º do CP são exemplificativos desse reforço.

No plano constitucional, o segredo bancário apoia-se no direito à intimidade da vida privada e familiar⁹, que se encontra no capítulo respeitante aos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente no art. 26.º, nº1 da CRP, mas também no art. 25.º, nº1 deste diploma, a partir da referência à inviolabilidade da integridade moral das pessoas, que seria igualmente posta em causa, aquando de uma violação da intimidade perante terceiros. Mais uma vez, quer vedar-se o acesso por terceiros a situações da vida privada e familiar, e por outro lado, impedir a divulgação dessas informações¹⁰. A questão que se coloca a este respeito prende-se precisamente com o facto de saber se o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar comporta a protecção dos dados relativos às contas bancárias do cliente.

A este propósito, o TC no Ac. n.º 278/95, de 31 de Maio (proc. 510/91) concluiu que os dados respeitantes à conta bancária do cliente, nomeadamente operações realizadas, eram reveladoras de aspectos da vida patrimonial do indivíduo, e daí considerar que integram o direito à reserva da intimidade da vida privada, dotado de cobertura constitucional nos termos do art. 26.º, nº1 da CRP, decorrendo o sigilo bancário deste direito e sendo simultaneamente o veículo que o salvaguarda. Parte da doutrina defende que o sigilo bancário decorre do direito à intimidade da vida privada, onde encontra apoio constitucional¹¹, sendo uma questão maioritariamente aceite. No entanto, há posteriormente quem detenha uma visão na qual delimita um nível de intensidade de protecção distinto¹², consoante a situação se reconduza a uma esfera mais pessoal, ligada ao valor da liberdade, ou negocial, associada ao direito de propriedade. Quem procede à referida distinção são os autores que estão mais influenciados pela teoria das esferas e que encontram espaços de divisão dentro do direito à reserva da intimidade da vida privada. Uma minoria não admite que o segredo derive do direito à intimidade,

⁹ *Vide*, o Ac. do TC 355/97, de 07/06/1997, proc. n.º 182/97, que define o conceito de vida privada como o direito a uma esfera própria inviolável e impenetrável sem autorização do titular, entendimento este seguido na jurisprudência do TC.

¹⁰ CANOTILHO, Gomes e J.J Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 181 e 182.

¹¹ NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, 1998, p. 617; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., pp. 363 a 366; SOUSA, Rabindranath Capelo, ob. cit., pp.192 e ss; PALMA, Maria Fernanda, *Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário*, in 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, 2010, pp. 189 a 200.

¹² Como refere Paulo Mota Pinto, o direito à intimidade é “um domínio mais particular que seria o que normalmente se exclui de todo o conhecimento alheio”, PINTO, Paulo Mota, *O direito à reserva da intimidade da vida privada*, BFDUC, n.º 69, Coimbra, 1993, p. 565.

visto que lhe atribui uma natureza meramente patrimonial, estando a intimidade ligada a questões da subjectividade dos indivíduos, não sendo reconduzível à vida profissional e económica.¹³

Considera-se que o conhecimento dos aspectos da vida patrimonial do indivíduo, pressupõem também a ingerência na sua vida pessoal, não se visionando a hipótese de separabilidade destes elementos, pelo que no direito à reserva da intimidade da vida privada também estariam abrangidos os dados de natureza económica. Pode assim afirmar-se o segredo bancário como direito constitucional fundamental, ao qual se aplica o regime dos direitos, liberdades e garantias.¹⁴ Ainda que assim não fosse, o segredo bancário encontraria tutela constitucional por via do art. 17.º da Lei Fundamental.

O segredo bancário ganha protecção em duas frentes. Por via da tutela da privacidade nos termos já visados, mas também, quando visa a prossecução do desenvolvimento económico-social, previsto constitucionalmente no art. 101.º.

3. Limites: O sigilo bancário na relação jurídica fiscal

O sigilo bancário suscita grandes controvérsias, pois, como visto, este visa tutelar essencialmente a posição do cliente numa relação bancária, como forma de salvaguardar a intimidade da vida privada. No entanto, ao interesse privado que este tem subjacente, contrapõe-se o interesse público na sua quebra, estando em causa a determinação do elemento preponderante. O primado do interesse público significaria a aceitação do segredo como um instituto de direito público, na defesa dos interesses da comunidade. Em contrapartida, a recusa da admissibilidade de certos limites, nomeadamente no que respeita a uma abertura às possibilidades de acesso a dados bancários pelas autoridades tributárias, representaria a consagração do segredo como um valor de nível superior.

Entende-se a relevância da defesa do segredo bancário a favor do cliente, mas abrem-se simultaneamente portas para a compreensão de que em determinados casos se justifica a aplicação de restrições à obrigação de discrição. Assim sendo, a quebra do sigilo bancário é um instrumento relevante na prossecução de certas finalidades fiscais,

¹³ SANCHES, José Luís Saldanha, Segredo bancário e tributação do lucro real, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 377, Lisboa, 1995, pp. 25 a 30.

¹⁴ Arts. 18.º, 19.º, 21.º, 22.º, 165.º, nº1, al.b), 288.º, al.d) e 277.º, nº1 são aplicáveis ao segredo bancário, SOUSA, Rabindranath Capelo, ob. cit., pp. 193 e 194.

de modo a que se possa determinar mais eficazmente a situação tributária dos contribuintes, por forma a evitar situações de fraude e concorrência desleal, que conduzem a perdas de receita para o Estado, o que significa uma sobrecarga para os restantes contribuintes, pelo que nestes casos, impor-se-ia a limitação do dever de segredo bancário.

Embora ao contribuinte assista uma obrigação ao nível da declaração dos seus rendimentos, que consiste numa prestação periódica de informação, e minimiza as possibilidades de ingerência pública, a intervenção fiscal não fica por esta via excluída. No sentido de garantir que este dever não é apenas cumprido por uma parcela do universo dos cidadãos, existem procedimentos de controlo administrativo, de modo a confirmar se os rendimentos declarados correspondem à totalidade dos rendimentos¹⁵. A relação entre o cliente e o banco comportará sempre a possibilidade de ser aproveitada para esconder ilegalidades, além da fuga à tributação, donde se depreende a necessidade de criação de um sistema de informação e de abertura da confidencialidade no âmbito das relações bancárias.

Está também em causa a questão da oponibilidade do sigilo, que vai para além da relação interpartes num vínculo contratual, para passar a considerar a intervenção de terceiros, como o é, a autoridade fiscal, no acesso às informações bancárias. O professor Menezes Cordeiro, que defende prementemente os direitos das pessoas face às investidas procuradas pela Administração Tributária escreve que “o Estado não pode intervir arbitrariamente nos contratos celebrados entre os privados: eles estão genericamente protegidos pelos artigos 62.º, nº1 (propriedade privada), 80.º, c) (iniciativa privada) e 86.º, nº2 (não intervenção na gestão das empresas), todos da Constituição”¹⁶, o que vem demonstrar que apenas interesses claramente superiores e excepcionais podem conduzir ao levantamento. Em sentido oposto, há quem considere que as autoridades tributárias nem deveriam ser consideradas terceiros para efeitos de fiscalização de informação bancária com relevância fiscal.¹⁷

¹⁵ Regra da worldwide income, segundo a qual os residentes são tributados na globalidade dos seus rendimentos, o que significa que se encontram sujeitos a tributação ilimitada.

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Sigilo bancário: fica a saudade?*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Lisboa, 2014, p.23. O professor faz ainda menção a este propósito, à evolução dos direitos de personalidade, no sentido da sua eficácia erga omnes; em termos semelhantes, Capelo de Sousa, quando defende uma natureza jurídica mista para o segredo bancário, enquanto direito subjectivo privado e público, refere um direito subjectivo público do cliente e do Banco relativamente ao Estado e a outros entes públicos, SOUSA, Rabindranath Capelo, ob. cit., p. 179.

¹⁷ Saldanha Sanches considera que o facto de o contribuinte ter direito a opor o segredo bancário ao Estado, põe em causa a exequibilidade do sistema fiscal e o Estado Social de Direito, SANCHES, José Luís Saldanha, *A situação actual do sigilo bancário: A singularidade do regime português*, *Estudos de*

Face ao exposto, à problemática do segredo bancário, contrapõe-se uma outra, a proveniente da relação jurídica fiscal, e que tende a conduzir a uma aposição de limites à primeira, pelo que deve aferir-se da medida da sua compatibilização. É inegável a essencialidade da obrigação do pagamento de imposto. A relação entre a Administração Fiscal e o contribuinte deve pautar-se pela segurança e confiança legítima, o que visa precisamente promover o cumprimento voluntário das obrigações fiscais. O cumprimento espontâneo por parte dos sujeitos passivos contribui para a promoção da equidade fiscal. Este cumprimento é fomentado, se os direitos, liberdades e garantias dos contribuintes estiverem assegurados, o que “revela uma relação de forte interconexão entre a justiça e a segurança fiscais”¹⁸. A criação de um *tax environment friendly* seria conducente ao cumprimento pelos contribuintes, e ao arrecadamento de receitas fiscais, e por acréscimo, um maior cumprimento, levaria à aplicação do princípio da capacidade contributiva na sua plenitude, e consequentemente a uma maior equidade fiscal, donde se retira uma situação benéfica também para o contribuinte.

Com este objectivo, para que a segurança e confiança se verifiquem no âmbito fiscal, a Professora Rita Calçada Pires, refere na sua reflexão¹⁹, que tem de existir um quadro legislativo claro, equitativo e estável, a que atribui a designação de um bom design fiscal, que deve ser acessível, claro e estável, com procedimentos simples, privilegiando a eficiência e eficácia, o que releva não só ao contornarem-se gastos, mas sobretudo como contributo ao cumprimento dos que se encontram sujeitos a tributação, propiciando um clima, no qual seja possível existir uma conciliação dos interesses da Administração Tributária com os do sujeito passivo. Cabe ainda realizar uma menção relativa à disponibilização de bons serviços, os quais devem encontrar-se em proximidade com o contribuinte, de modo a que haja lugar a facilidades no acesso à informação, bem como à assistência necessária em situações dúbias. Devem ainda pautar-se pela eficiência e eficácia os mecanismos para a resolução de conflitos, existindo para o efeito o recurso a uma série de meios extrajudiciais, assim como a planos prestacionais. Estes são requisitos manifestamente essenciais para a confiança e segurança na relação jurídica fiscal, e consequentemente para as finalidades de

Direito Bancário, Coimbra, 1999, p. 373; Veja-se também, QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o fisco, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: economia, finanças e direito fiscal*, Vol. II, Coimbra, 2013, p. 298.

¹⁸PIRES, Rita Calçada, Cumprir e querer cumprir. A segurança e a confiança na relação entre o contribuinte e a administração fiscal, *Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte*, Lisboa, 2012, p. 258.

¹⁹PIRES, Rita Calçada, ob. cit., pp. 258 a 262.

cumprimento das obrigações fiscais. Quer-se ainda evidenciar o facto de os tributos terem em vista dadas finalidades, cuja aplicação é normalmente desconhecida pelos contribuintes, onde é possível abrir a questão, de que se estes tivessem conhecimento de onde as receitas seriam aplicadas, ou seja, a visibilidade pelo contribuinte de uma boa aplicação dos tributos por si pagos, e arrecadados pelo Estado, se seria conducente a uma maior efectividade na obrigação de pagamento de imposto. Independentemente da questão suscitada, a relação jurídica fiscal deve ter subjacente a ética fiscal, que funciona para as duas partes presentes, nomeadamente para o contribuinte, numa consciência do dever de pagamento dos tributos, e para a Administração no respeito pelos direitos, liberdades e garantias na arrecadação dos mesmos. Tendo em conta a lógica apresentada, cada vez menos fará sentido considerar, que o segredo bancário persista como uma área inacessível pelo direito fiscal em toda e qualquer circunstância.

A globalização da economia e o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais tecnológica têm vindo a demonstrar a passagem de um modelo de opacidade, muito associado ao Estado liberal e à defesa da individualidade, para o Estado social, numa maior preocupação com o colectivo, e onde surge privilegiada a transparência, o que sucede também no âmbito fiscal. Por isso, aquando da análise de uma ponderação de valores, deve ter-se em consideração a realidade contemporânea na qual a questão do sigilo se encontra inserida.

O sigilo bancário é uma barreira à transparência fiscal, pelo que não é possível desligar esta questão da luta contra a fraude e evasão fiscal²⁰, o que, como vimos, justificaria a cedência do sigilo. Esta não é uma mera questão financeira, o que é novamente demonstrável pelos seus princípios norteadores. O princípio da capacidade contributiva pressupõe que o imposto seja pago na medida dos rendimentos do individuo, o que não representa somente um dever de contribuir, mas muito mais do que isso, traz a colação a ideia de solidariedade fiscal, além do reconhecimento de uma

²⁰ Considera-se fraude a violação da lei de forma directa e expressa, consistindo essa violação no facto de o sujeito passivo dever declarar dado rendimento e não proceder a essa declaração, ou declarar valor inferior, pelo que se verifica um incumprimento voluntário. No caso de evasão, estamos perante uma situação de ilegitimidade, que não contraria directamente uma norma legal, mas contraria o espírito da mesma, embora não a sua letra. Nesta situação, o sujeito passivo, apesar de ter conhecimento que lhe seria aplicável determinada norma, através da utilização de esquemas artificiais, passa a poder beneficiar de outra norma que lhe é mais favorável. A maioria da doutrina considera que a consequência da evasão será a ineficácia, obstando a que o esquema assim construído produza os seus resultados. Os efeitos seriam anulados, fazendo ressurgir a aplicação da norma que deveria ter sido inicialmente aplicada, reestabelecendo a situação. A evasão consiste, por isso, na produção de um esquema que confere activação ao que não é devido. O esquema produzido é legal, o que não é legítimo é a adulteração dos factos para encaixe nesse esquema. Veja-se a este respeito, XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra Almedina, 2014, pp. 351 e ss.

necessidade de comparabilidade, o que se traduz na igualdade fiscal na relação entre os contribuintes. Estes objectivos são actuais, mas consubstanciam uma preocupação desde há muito presente na OCDE e UE, que pretende evitar uma erosão das bases de tributação, e assegurar a integridade dos sistemas fiscais, garantindo uma distribuição equitativa da carga fiscal.

A construção de esquemas complexos, normalmente caracterizados pela sua artificialidade, conduz a transferências de matéria colectável, por via de montagens, para outras jurisdições, o que consiste numa deslocalização para regimes mais favoráveis, nos quais os contribuintes retiram vantagem das disparidades. A transferência é deste modo efectuada para que exista um aproveitamento das diferenças entre regimes fiscais, o que conduz a uma ausência de tributação ou para que se verifique a redução da taxa de imposto aplicada.²¹ Ora estas práticas vão contra a ideia de solidariedade fiscal e de responsabilidade social.

As empresas devem contribuir para o bem comum, encontrando-se hoje sujeitas a deveres, nos quais se insere uma “consciência responsável (accountability), que inclui o devido cumprimento das obrigações tributárias (compliance tributaria). Exige-se a transparência e a publicidade dos dados no sentido de que haja boa governança²² corporativa (corporate governance).” Na governança corporativa integra-se a governança fiscal, “como forma de colaborar com a optimização do resultado económico, por meio da melhor gestão das obrigações tributárias da empresa”.²³ Os comportamentos referidos são violadores do dever de contribuir para a sociedade, o que provoca um impacto negativo numa cidadania empresarial responsável.

No surgimento destes fenómenos podem ser encontradas várias causas. O seu aumento está associado a uma maior mobilidade, à liberalização dos factores de produção, e ao facto de se ter evoluído para uma sociedade digital, com novos instrumentos financeiros, além da pressão exercida em relação às empresas na demonstração dos seus resultados, o que as leva a agir por métodos que as façam atingir

²¹COM (2012) 351, de 27/06/2012, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre os meios concretos para reforçar a luta contra a fraude e evasão fiscal, incluindo em relação a países terceiros, na qual se refere o recurso a operações ou estruturas artificiais, a exploração das diferenças entre regimes fiscais pela colocação sob a égide do poder tributário mais favorável, e nos seus reflexos para a perda de receita, considerando-se a necessidade de combater estes instrumentos.

COM (2012) 722, 06/12/2012, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre o plano de acção para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais, onde surge evidenciada a ideia de assegurar o princípio da capacidade contributiva.

²²COM (2009) 201, 28/04/2009, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, para promover a boa governação em questões fiscais.

²³ QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, ob. cit., p. 305.

resultados mais favoráveis. Também a complexidade legislativa dá azo ao aproveitamento para a criação de esquemas, conduzindo a interpretações fiscais que favorecem a evasão. Como já foi também referido, a forma como as receitas fiscais são aplicadas é muito relevante. A discórdia do contribuinte comporta uma tendência para a construção de esquemas, pelo que é essencial a sua adesão à prestação fiscal, o que requer a responsabilização do Estado. A crise económica e financeira é ainda uma causa evidente de propagação de situações fraudulentas, pois o recurso a montagens será um caminho fácil na redução da despesa. Com isto, quer-se concluir, que nos encontramos perante uma ausência de consciência fiscal, e consequentemente de solidariedade fiscal, pelo que a máquina administrativa deve procurar formas de combate, na medida em que a sua ineficiência será sentida pelos contribuintes, e transformar-se-á, inevitavelmente, num outro factor de incumprimento.

A proliferação das situações de aproveitamento dos acordos de dupla tributação acarreta graves consequências. Verifica-se a erosão da base tributária, com a consequente redução das receitas, o que vai sobrecarregar bases tributárias, ferindo a equidade. Há ainda um impacto na comparabilidade das receitas fiscais auferidas pelos Estados, verificando-se clivagens, e gerando situações de concorrência fiscal. Os esquemas abusivos estimulam a existência de um mercado negro, com quebras nas condições de concorrência formal, e com efeitos perversos na economia.

Os Estados têm movido esforços na procura de soluções. Em termos unilaterais, as respostas vão no sentido da criação nas suas legislações internas de cláusulas antiabuso (art. 38.º, nº2 da LGT), mas não só. Foram ainda consagradas diversas cláusulas CFC, que ficionam o lucro a ser tributado, desconsiderando a deslocalização a que houve lugar. Outros mecanismos criados consistem na subcapitalização e na *exit tax*.²⁴ Para além das medidas individuais, importa a acção concertada dos Estados, onde se insere o mecanismo de troca de informações. As soluções são por vezes insuficientes, pelo que tem sido debatida a possibilidade de criação de um corpo de regras específico que tenha por base a harmonização do direito internacional fiscal.

Esta reflexão tem como intuito a compreensão de que o problema inerente ao sigilo bancário é verdadeiramente complexo e preocupante, sendo uma realidade que não se

²⁴ A subcapitalização já não existe em Portugal. Esta é a situação em que um sócio financia a sociedade cobrando juros mais elevados que a média de mercado, pelo que acima dessa média já não estaríamos perante um gasto relevante, não sendo objecto de dedução. A *exit tax* consiste na tributação à saída como compensação das perdas por deixar de se tributar esse capital. Está em causa a questão da compatibilidade com a liberdade de circulação e estabelecimento na UE. *Vide*, Ac. do TJUE Lasteyrie du Saillant.

cinge ao plano nacional, ao invés, parte do plano internacional, numa era marcada pela abertura e transparência fiscal.

É certo, que uma restrição ao segredo bancário consubstancia uma limitação ao direito à reserva da intimidade da vida privada, visto que o segredo decorre directamente deste direito previsto constitucionalmente, sendo-lhe atribuído o cunho de direito fundamental. Assim, quando se procede à análise das situações em concreto, deve realizar-se uma ponderação dos interesses em jogo, de modo a verificar da admissibilidade ou não da restrição.

Capítulo II – As implicações tributárias do sigilo bancário

1. As implicações tributárias do sigilo bancário em Portugal: Relato de uma evolução legal

O segredo bancário veio afirmar-se de modo mais premente na ordem jurídica portuguesa com a sua consagração no DL n.º 2/78, de 9 de Janeiro, sendo que num período imediatamente anterior, assistiu-se a uma certa dispersão e ausência no que respeita à criação de um diploma que constituísse um todo unitário e sistematizador em que este estivesse regulamentado. Este diploma é caracterizador do reforço atribuído ao sigilo, até pelas consequências que prevê para a sua violação²⁵, assim como as escassas excepções ao seu levantamento. O levantamento poderia ocorrer mediante autorização do cliente, assim como do órgão de direcção da instituição de crédito, relativamente aos factos respeitantes a cada um (art. 2.º), e caso esta não se verificasse apenas quando permitido por lei especial e com autorização judicial para o efeito^{26 27}. Neste sentido, surgem ressalvados os casos de deveres de informação e estatística, de acordo com o art. 5.º, mas também deveres de cooperação a existir entre as instituições, ao mencionar um sistema de recíprocas informações no art. 4.º.

A mesma precariedade sucedia quanto às referências normativas às implicações fiscais nesta matéria. O DL n.º 363/78, de 28 de Novembro, que estabelecia a reestruturação da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, concedia no seu art.

²⁵ De acordo com o art. 3.º do DL n.º 2 /78, de 9 de Janeiro, os casos de violação do segredo bancário implicavam consequências quer na forma consumada, quer na forma tentada, e já referindo a distinção entre a simples revelação e o seu aproveitamento (art. 1.º, nº1), o que manifesta uma extensão na tutela do segredo, e prevendo responsabilidade ao nível disciplinar, civil e criminal.

²⁶ *Vide*, Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 183/83, de Abril de 1984, BMJ 342.º, 55.

²⁷ A jurisprudência segue, nesta fase, uma orientação em defesa do sigilo bancário. Assim, veja-se o Ac. do STJ, de 21/05/1980, Proc. n.º 035873, Relator (Costa Ferreira), BMJ n.º 297, p. 207:

“I - No domínio do **sigilo** bancário está insita a resposta a questão de saber, relativamente a quaisquer informações pedidas as instituições de crédito, se deve prevalecer o dever de **sigilo** ou o dever de cooperação com as autoridades judiciais e policiais.
II - O Decreto-Lei n. 2/78, de 9 de Janeiro, deu prevalência ao primeiro dever, realçando, por parte dos estabelecimentos bancários, o segredo quanto aos nomes dos seus clientes, contas de depósito e seu movimento, salvo autorização do cliente transmitida a instituição.
III - Não havendo, pois, qualquer disposição legal que preveja e autorize a prestação de informações aquelas autoridades por parte das instituições de crédito quanto aos factos em relação aos quais o artigo 1, ns. 1 e 2, do Decreto-Lei n. 2/78 proíbe sejam revelados, e legítima, e ate obrigatória, a recusa de satisfação de qualquer pedido que, em tal sentido, lhes seja formulado.”

Na mesma linha de orientação, o Ac. do STJ, de 10/04/1980, Proc. n.º 068708, Relator (Abel de Campos), BMJ n.º 296, p. 190, “O dever de segredo bancário, estabelecido e regulado expressamente pelo Decreto-Lei n. 2/78 de 9 de Janeiro, só poderá deixar de verificar-se nos casos em que uma lei imponha, sem sombra de dúvida, a sua revelação, sendo certo que não existe, entre nós, tal norma.”

34.º, poderes de fiscalização tributária aos respectivos funcionários. No entanto, o seu nº 3 estabelece uma ressalva de máxima importância. O referido acesso só poderia ocorrer “quando ordenado pela autoridade judicial competente em pedido fundamentado pelo respectivo funcionário da fiscalização tributária.”

Assim pode concluir-se, que à data, na falta dos requisitos exigíveis para que a Administração procedesse ao acesso, seria admissível a recusa.²⁸ Acrescenta-se ainda que o DL vem prever apenas competências e atribuições dos órgãos da Administração Tributária, sendo insuficiente para possibilitar sem mais, a derrogação do segredo bancário.

Demonstrando também o seu contributo para a questão da colisão entre o dever de sigilo e o dever de cooperação com a Administração Fiscal, o DL n.º 513-Z/79, de 27 de Maio, que veio regular o funcionamento da Inspeção-Geral de Finanças, atribuía aos seus agentes poderes no sentido de obrigar as instituições de crédito a fornecer as informações que lhe fossem solicitadas. Destaca-se o art. 57.º, nº1, al. e), segundo o qual os inspectores podem “proceder ao exame de quaisquer elementos em poder de serviços públicos, empresas públicas ou privadas, ou obter aí o seu fornecimento, quando se mostrem indispensáveis à realização das respectivas tarefas, designadamente se estas respeitarem a inquéritos, sindicâncias ou procedimentos disciplinares.” Neste diploma não é feita referência à necessidade de uma autorização judicial para que estes elementos sejam prestados, no entanto, pela mesma ordem de razões apontadas quanto ao DL n.º 363/78, de 28 de Novembro, deve aqui também entender-se a exigibilidade dessa intervenção, não havendo lugar a revogação do art. 34.º, nº3 por esta disposição, nem seria aceitável uma derrogação imediata do segredo bancário sem que se verificasse um controlo judicial nesse sentido. É de relevar o Ac. do TC n.º 278/95, de 31 de Maio²⁹, que precisamente a respeito do art. 57.º, nº1, al.e), se pronunciou por um juízo de inconstitucionalidade orgânica, na medida em que esta norma consistia numa restrição ao segredo, que integra os direitos, liberdades e garantias, pelo que esta deveria constar de lei da Assembleia da República ou de DL do Governo com autorização da mesma (actualmente art. 165.º da CRP; anterior 168.º, nº1, al.b)), devendo ainda respeitar os requisitos do art. 18.º, nº 2 e 3. A apreciação por parte do tribunal conduz à

²⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., p. 383 e ss, defende que a admissibilidade do acesso pela Administração Tributária representaria “um extraordinário retrocesso na ideia de Estado de Direito e da separação de poderes. Em suma: a defesa dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais requer, sempre, lei expressa e via jurisdicional, como modo de limitar certos direitos, entre os quais o sigilo bancário e o que ele representa.”

²⁹ Boletim do Ministério da Justiça n.º 451, pp. 114 a 128.

confirmação do supraexposto, pois o segredo bancário é tratado como dimensão do direito à reserva da intimidade da vida privada (art.26.º), e permite também concluir que pode ser objecto de restrições, não sendo um direito absoluto. No entanto, a decisão do tribunal faz surgir alguma dúvida, pois, uma vez concentrando-se na inconstitucionalidade orgânica, nada refere relativamente à eventual inconstitucionalidade material da norma, não analisando da sua conformidade com o direito à reserva da intimidade da vida privada nesta perspectiva, e tendo em conta o art. 18.º, nº 2 e 3. Não obstante, continuou a considerar-se a prevalência do segredo bancário.³⁰

No âmbito fiscal surgiram também disposições, com especial foco no Código Do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (arts. 124.º e 125.º) e no Código Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (art. 108.º), que face à imposição pelas autoridades tributárias, permitiam também situações de acesso a determinados dados relevantes, encontrando-se as instituições obrigadas ao seu fornecimento. Embora persista a lógica da autorização judicial, alguns autores vão-se apoiando nas cedências apontadas, que anteveem uma tendência para o levantamento do segredo, e acabam por considerar que estas seriam situações efectivas de derrogação do mesmo.³¹

Neste seguimento, entrou em vigor o RGICSF, pelo DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que veio substituir o DL n.º 2/78, a propósito do segredo bancário (art. 78.º e ss.), e que se encontra ainda hoje em vigor com as devidas alterações.

Como visto, este diploma começou por estabelecer, que quem se encontrasse ao serviço das instituições de crédito, não poderia revelar ou aproveitar-se das informações obtidas por essa via, quer sobre as instituições, quer sobre a relação destas com os seus clientes. Por isso, há uma dupla proibição³², que é por um lado relativa à revelação, que consiste na transmissão a terceiros, fora da relação contratual, dos elementos fornecidos

³⁰ Parecer PGR, de Abril de 1984: DR, II Série, de 11 de Abril de 1985, onde se refere que “o dever de sigilo bancário não sofreu derrogação imediata, por força dos poderes de fiscalização e exame conferidos à Administração Fiscal”, o que se aplica quer ao DL 363/78 de 28 de Novembro, quer ao DL 513-Z/79 de 27 de Novembro.

³¹ SANCHES, José Luís Saldanha, Segredo bancário e tutela do lucro real..., ob. cit., pp. 29 e ss, que considera que o segredo não consubstancia uma dimensão do direito à reserva da intimidade da vida privada, e que apoiando-se no princípio da tributação do lucro real, da igualdade e da legalidade, defende um princípio de investigação, e por esta via ao levantamento do segredo bancário; Contra, CORDEIRO, António Menezes, Direito Bancário..., ob. cit., p. 384, que defende a aplicação do art. 34.º, nº3 do DL n.º 363/78, de 28 de Novembro, além da defesa do segredo como dimensão da intimidade da vida privada.

³² BARBOSA, Paula Elisabete Henriques, Do valor do sigilo – O sigilo bancário, sua evolução, limites: Em especial o sigilo bancário no domínio fiscal – A reforma fiscal, RFDUL, Vol. 46, nº2, Coimbra, 2005, pp. 1250 e 1251.

ao Banco, e por outro lado, no aproveitamento dessa mesma informação, através da sua utilização nos mesmos termos.

O RGICSF regulava ainda as situações, que com carácter de excepcionalidade, permitiam que a derrogação do sigilo fosse efectuada, estabelecendo a sua taxatividade.³³

Poderia pensar-se que nesta fase já não seria necessária a existência de um controlo judicial prévio, face aos casos de levantamento do segredo bancário previstos pelo próprio RGICSF. Sucede, que este diploma deveria ainda ser visto em simultâneo com o art. 63.º, nº 2 da LGT (DL n.º 398/98, de 17 de Dezembro) que fazia novamente depender o acesso do princípio da necessidade de autorização jurisdicional. Compreende-se deste modo a posição que vem sendo sufragada pela maioria da doutrina que vai no sentido de impor uma barreira aos poderes de fiscalização, no que respeita a matéria protegida pelo segredo, na medida em que coloca o acesso aos elementos dos contribuintes, dependente de autorização judicial prévia. A LGT tem implícito este entendimento, o que vem reafirmar o que já se encontrava estabelecido pelo DL n.º 363/78.

Foi também relevante para a questão, o Relatório Silva Lopes (Relatório da comissão para o desenvolvimento da reforma fiscal 1996). Deste resultou a ideia de que se deveriam aumentar as hipóteses de acesso pela Administração Tributária às informações respeitantes aos contribuintes, por forma a garantir que estes cumpriam correctamente as obrigações que lhes incumbiam. A fraude e evasão fiscais eram apontadas como consequências da não permissão do acesso, o que conduzia a uma descredibilização do sistema fiscal. O relatório refere até, que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, previsto constitucionalmente, não deveria ser visto como um obstáculo a uma atribuição de poderes de controlo mais amplos às autoridades tributárias. Para o demonstrar apresenta este direito com uma dimensão absoluta e uma relativa. O segredo bancário integrava uma dimensão relativa deste direito, e poderia ceder em nome de interesses superiores, nomeadamente interesses públicos que o justificassem, sendo que as informações relativas a dados financeiros integrariam uma esfera privada simples e não a esfera pessoal íntima, pelo que, se

³³ Além das situações elencadas, o DL n.º 313/93, de 15 de Setembro e o DL n.º 325/95, de 2 de Dezembro, previam casos de levantamento do sigilo para combate do branqueamento de capitais derivado do tráfico de estupefacientes e dos crimes de terrorismo, corrupção, entre outros.

tornaria legítimo o sacrifício do segredo em prol de valores prevalecentes, ao serviço das finalidades do sistema fiscal.³⁴

O relatório propunha que fosse realizado o pedido de informação ao contribuinte, que caso se recusasse em fornecê-la, esta poderia ser solicitada à própria instituição de crédito, existindo penalidades para os casos em que a instituição se recusasse em fornecer os elementos. O acesso deveria ainda ser acompanhado por uma garantia de sigilo fiscal pelos funcionários. Em suma, o Relatório requer um alargamento ao nível legislativo no sentido de permitir a intervenção fiscal, sem que o segredo fosse apontado como impedimento, propagando a visão de que a confidencialidade exigida pelas relações bancárias pode ser aproveitada para esconder ilegalidades e proporcionar a fuga à tributação, o que conduziria a uma progressiva flexibilização das possibilidades de derrogação do sigilo bancário. Ainda assim há entendimentos mais permissivos na Comissão³⁵, que defendem uma intervenção quando existam dúvidas fundadas sobre as declarações do contribuinte, e outras, quando a Administração esteja em posse de elementos mais concretos que ponham em causa a declaração efectuada, e portanto, com requisitos mais exigentes para que o levantamento seja possível, não se ficando pela mera dúvida.

A luta contra a fraude fiscal e a concorrência desleal era já tema de debate na OCDE. O ano de 2000 constituiu um marco, a partir do qual foi atribuído maior impacto a estas questões. Em Abril desse ano, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE publicou um relatório sobre a melhoria do acesso à informação para fins tributários. O relatório analisou a questão do acesso à informação nos países da OCDE, e considerou que a ausência do mesmo dificulta a tarefa da Administração Tributária na liquidação e cobrança de impostos, defendendo que este deveria ser permitido, e que os bancos deveriam identificar de forma rigorosa os seus clientes e o respectivo beneficiário económico das contas, tendo sido ainda defendida a troca de informações entre os países.

À data, era também discutida a questão da harmonização fiscal, nomeadamente quanto à tributação dos rendimentos da poupança na UE. Esta harmonização seria crucial, na medida em que os indivíduos que tivessem capitais a circular fora do seu território, teriam que pagar uma taxa uniforme de imposto, o que iria gerar um sistema de troca de informações entre os países como forma de combate à evasão fiscal e à

³⁴ Relatório, pp. 365 e 366.

³⁵ Relatório, p. 389.

concorrência desleal, por via do levantamento do segredo bancário. Com isto quer dar-se evidência ao facto de existir uma certa pressão da UE, com o intuito de atingir a transparência bancária.

A Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro é o desembocar do percurso que vem sendo analisado. Até ao momento as reformas fiscais pouco acrescentaram, sendo este regime o ponto de viragem, e que se pode mesmo dizer que representa a verdadeira reforma fiscal, dado o seu cariz inovador para a questão da relação jurídica fiscal. Esta lei pautava-se por um conjunto de medidas que visavam o combate à fraude e evasão fiscal (arts. 13.º a 16.º), muito debatida como causadora da iniquidade e ineficiência do sistema fiscal, e até como causa do défice público.

Passou a ser admissível o acesso a informações e documentos bancários directamente, sem que tivesse existido autorização judicial, o que representa um corte com o passado, e vindo alterar as disposições da LGT, nomeadamente o seu art. 63.º. O nº2 do presente artigo passa a consagrar a referida alteração, ao admitir que o levantamento do sigilo suceda, sem necessidade de autorização judicial, mas deve atender-se, que procede deste modo, nos casos que estejam previstos na lei, mas não deixou de se verificar a tão desejada ampliação na intervenção fiscal, fazendo nascer uma nova orientação.³⁶

O regime não é, no entanto, ausente de críticas. Primeiramente, porque se trata de uma derrogação do sigilo bancário por via administrativa, o que permite que a derrogação possa acontecer em situações menos graves do que outras, para as quais se exige a intervenção de autoridades judiciais.³⁷ O Professor José Casalta Nabais refere mesmo que este deve ser um regime excepcional, e que só deve ser aplicado quando não seja possível o recurso aos tribunais, cabendo por isso analisar se a derrogação por essa via não é excessiva ou desproporcionada face à derrogação judicial.³⁸ Também o Professor Menezes Cordeiro refere que “ se pretende reduzir a um tema fiscal algo que

³⁶ Esta fase é igualmente marcada por uma mudança de padrão na orientação jurisprudencial. Ver Ac. do TRL, de 04/10/2001, proc. nº 0082196, Relator (Urbano Dias), segundo o qual o sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo ceder perante outros direitos assegurados pelo Estado, nomeadamente o acesso à justiça. Não deixa de mencionar que deve ser realizada uma ponderação dos interesses conflitantes, o que só pode ser determinado casuisticamente; Em termos semelhantes, o Ac.do TRL, de 05/03/2002, Proc. nº 00123417, Relator (Rua Dias), onde se acrescenta que perante dois valores constitucionalmente consagrados deve prevalecer o que salvaguarda o interesse geral em relação ao que protege interesses meramente particulares.

³⁷ PAÚL, Jorge Patrício, O regime de acesso da administração fiscal às informações e documentos bancários, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco*, Vol. II, Coimbra, 2006, p. 481.

³⁸ NABAIS, José Casalta, Algumas reflexões sobre a recente reforma fiscal, *Fiscalidade*, nº10, 2002, p. 21.

se prende visceralmente com direitos fundamentais”, questionando da constitucionalidade da medida.³⁹

Com estas alterações foram ainda aditados novos artigos. O art. 63.º-A, que regulava as informações relativas a operações financeiras, e que segundo o seu nº1, as instituições de crédito e sociedades financeiras encontrar-se-iam obrigadas a informar, independentemente de lhes ser solicitado, quanto a transferências transfronteiras, e portanto teriam de fazê-lo de forma automática. Já o seu nº2 estabelecia que “as instituições de crédito e sociedades financeiras têm a obrigação de fornecer à administração tributária, quando solicitado nos termos do número seguinte, o valor dos pagamentos com cartões de crédito e de débito, efectuados por seu intermédio, a sujeitos passivos que auferiram rendimentos de categoria B de IRS e de IRC, sem por qualquer forma identificar os titulares dos referidos cartões”, o que significa que a este número já está subjacente um princípio do pedido, a realizar pela administração fiscal, e além disso, este quer relevar o receptor do pagamento efectuado, o que visa averiguar o efectivo rendimento do contribuinte.

O art. 63.º-B estabelece o acesso a informações e documentos bancários, atribuindo à Administração Tributária “o poder de aceder directamente aos documentos bancários, nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta”, o que dá azo a que a administração fiscal possa agir unilateralmente nas situações em que o contribuinte não colabore. O artigo estabelece assim o acesso directo, sem que haja lugar a uma autorização judicial prévia, deste constando os casos em que é possível proceder nestes termos nas als. a) e b) do nº1, e a) a d) do nº2⁴⁰, sendo estas situações que a lei geral tributária elenca como taxativas. No entanto, cabe considerar uma distinção entre as alíneas, que se prende essencialmente com o recurso judicial. Enquanto no nº1 se prevê a admissibilidade do recurso judicial com efeito devolutivo, o

³⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., p. 385; AZEVEDO, Maria Eduarda, ob.cit., p. 31.

⁴⁰ Art. 63.º-B, nº1, al. a) “quando se trate de documentos de suporte de registos contabilísticos efectuados por sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos a contabilidade organizada; al.b) quando o contribuinte usufrua de benefícios fiscais ou de regimes fiscais privilegiados, havendo necessidade de controlar os respectivos pressupostos e apenas para esse efeito; nº2, al. a) quando se verificar a impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, nos termos do artigo 88.º, e, em geral, quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indirecta; al. b) quando os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente, para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações evidenciadas pelo sujeito passivo, nos termos do artigo 89.º-A da Lei Geral Tributária; al.c) quando existam indícios da prática de crime doloso em matéria tributária, designadamente nos casos de utilização de facturas falsas, e, em geral, nas situações que existam factos concretamente identificados gravemente indiciadores da falta de veracidade do declarado; al. d) quando seja necessário, para fins fiscais, comprovar a aplicação de subsídios públicos de qualquer natureza.”

nº2 prevê que o recurso possa ter efeito suspensivo (nº4 do art. 63.º-B), o que salvaguarda com maior eficácia a posição do contribuinte no que respeita à privacidade no acesso aos dados bancários. O recurso com efeito suspensivo irá evitar o acesso imediato, pelo que a Administração Tributária não poderá executar a decisão, só havendo lugar ao fornecimento dos dados pela instituição bancária quando existir a confirmação da decisão da autoridade tributária pelo recurso. Daqui pode facilmente concluir-se, que a situação prevista pelo nº1 é mais intrusiva na vida privada do indivíduo, e por isso, implica um maior sacrifício do valor do sigilo.

O nº3 do artigo faz ainda depender o acesso directo do cumprimento de uma série de pressupostos, que consistem em garantias legalmente atribuídas ao contribuinte, ao estabelecer que as decisões “devem ser fundamentadas com expressa menção dos motivos concretos que as justificam, pressupõem a audição prévia do contribuinte e são da competência do Director-Geral dos Impostos ou do Director-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, ou seus substitutos legais, sem possibilidade de delegação.”

Encontra-se também, previsto no seu nº7, uma situação que coloca o acesso novamente dependente da necessidade de autorização judicial. Trata-se do caso de acesso a informações bancárias relevantes relativas a familiares ou terceiros que têm uma relação especial com o contribuinte, exigindo-se a audição do visado, e com obediência dos mesmos requisitos referidos pelo nº3 a propósito do acesso directo.

O artigo consagra no seu nº9, a obrigação de comunicação ao Defensor do Contribuinte dos actos de acesso directo praticados pela Administração Fiscal, ao abrigo do nº1, e portanto, esta imposição funciona para o caso em que o recurso é meramente devolutivo, o que, como visto, não é impeditivo da execução da decisão, e coloca o contribuinte numa posição de maior fragilidade, pelo que é relativamente a este número, que se vem reforçar a protecção do indivíduo, o que cria uma outra garantia a favor do contribuinte.

Revelou-se ainda como factor determinante para o cumprimento das regras referidas, as alterações que deram lugar ao novo RGIT (Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho), com especial foco para o art. 90.º deste diploma, que consagrava o crime de desobediência qualificada, inserindo-o no âmbito dos crimes tributários comuns, e punindo com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias.

Relativamente ao artigo 64.º da LGT, este estabelece um dever de confidencialidade no âmbito fiscal, segundo o qual, “os dirigentes, funcionários e agentes da

administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou qualquer outro dever de segredo legalmente regulado.” Não obstante, o dever de sigilo fiscal cessa nas situações que se encontram estipuladas no n.º2, o que demonstra que este não é absoluto. A quebra do segredo ocorre nos casos em que o próprio contribuinte autoriza a revelação, quando se verifica a cooperação da Administração fiscal com outras entidades públicas, assim como a cooperação com autoridades tributárias de outros países, e ainda em cumprimento de um dever de colaboração com a justiça. Deve ainda ter-se em consideração, que numa primeira análise, o sigilo fiscal tem em vista a tutela da vida privada dos contribuintes, mas não sendo este o único objectivo prosseguido pela norma, que vem reforçar a relação de confiança entre a Administração fiscal e o contribuinte, o que se manifesta como essencial para o bom funcionamento do sistema tributário.

Por fim, o artigo 64.º-A atribui ao Ministro das Finanças o poder de “definir regras especiais de reserva da informação a observar pelos serviços da administração tributária no âmbito dos processos de derrogação do dever de sigilo bancário”, tratando-se de uma nova garantia do interesse do contribuinte, embora nada em concreto se encontre estipulado, encontrando-se a definição das regras relegada para um momento posterior.

São efectuadas múltiplas críticas às alterações trazidas pela Lei n.º 30-G/2000, e mesmo pelo novo RGIT. As alterações passaram a consagrar um verdadeiro alargamento no acesso, sendo esta uma mutação num sentido muito permissivo na actuação da Administração Tributária, compreendendo-se pois a discussão que o regime despoleta. O art. 63.º-B da LGT tende a ser o principal alvo de discussão no que respeita à diferenciação nos níveis de recurso judicial, considerando-se que o seu n.º1, ao admitir um recurso meramente devolutivo, deixa o contribuinte numa posição muito vulnerável, além de que ao permitir o acesso directo, sem que haja um verdadeiro controlo jurisdicional, pode ser considerado como excessivo, na medida em que a Administração fiscal não tem uma posição imparcial como seria conseguido pelo recurso aos tribunais, acabando estes substituídos por uma entidade administrativa. Considera-se assim que estaria a ser posto em causa o respeito pelos direitos de personalidade, tal como os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Outra questão pertinente prende-se com a redacção legislativa que introduz conceitos indeterminados, o que pode suscitar a

problemática da discricionariedade da Administração na concretização dos mesmos.⁴¹ Acaba mesmo por se questionar a constitucionalidade das alterações, surgindo diversas vezes referido que a Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal teria um procedimento melhor delineado do que o que fora adaptado no novo 63.º-B da LGT. O relatório de 1996 concluiu, recordando, que a vida financeira dos indivíduos se inseria numa esfera privada simples, a qual poderia ceder face a interesses públicos superiores. A comissão desvaloriza assim o facto que vimos, de que este direito se incorpora num direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, em que a vida financeira dos indivíduos faz transparecer a sua vida pessoal, sendo esta designada como uma biografia em números. Nestes termos, O Professor Rabindranath Capelo de Sousa vem considerar os artigos 63.º-B, n.º 1 a 4 e 6 da LGT, como estando feridos de inconstitucionalidade pois “ofendem o núcleo essencial do direito fundamental à intimidade da vida privada e familiar das pessoas singulares ou excedem manifestamente o necessário para salvaguardar os direitos do Estado à liquidação correcta e à cobrança efectiva dos impostos sobre as mesmas pessoas, pelo que são materialmente inconstitucionais nos termos dos artigos 26.º, n.º1, 18.º, n.º 2 e 3 e 277.º, n.º 1 da Constituição”, considerando também inconstitucional o art. 90.º do RGIT.⁴² Embora alguns autores possam considerar a reforma como excessiva, é inegável a sua constatação. O enquadramento legislativo analisado veio a desenvolver-se e a compor-se no sentido de um progressivo alargamento das possibilidades de acesso, o que indiciou e tornou expectável este desfecho. É pois uma tendência incontestável, que veio sendo encarada como um mal necessário para uma correcta determinação dos rendimentos, e consequente eficácia do sistema tributário, cabendo encontrar uma espécie de equilíbrio de forças para o seu bom funcionamento.

Em seguida, o artigo 63.º-B seria novamente objecto de alterações pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, que viria aprovar o Orçamento de Estado para 2005.

Nos termos do nº1 do artigo, a Administração tributária passa a poder aceder aos dados bancários que entender, “sem dependência do consentimento do titular dos elementos protegidos”, o que vem, mais uma vez, demonstrar que a evolução em matéria de acesso tende a ser marcadamente permissiva, em detrimento das garantias do sujeito passivo. É desde logo notória uma distinção fulcral. No anterior art. 63.º-B, a

⁴¹ BARBOSA, Paula Elisabete Henriques, ob. cit., pp. 1271 e 1272.

⁴² SOUSA, Rabindranath Capelo, ob. cit., p. 222; CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., p. 385.

situação de maior debilidade, consistia na possibilidade de recurso com efeito devolutivo, a qual era já susceptível de sucessivas críticas. Após as alterações, no que respeita ao seu nº1, não se refere a possibilidade de recurso judicial, nem mesmo devolutivo, o que se retira da leitura do seu nº5.⁴³ Um outro factor prejudicial para o contribuinte passa também pela falta de audição prévia no que respeita a este mesmo número. Pode ainda constatar-se o alargamento das situações em que a Administração pode intervir, visto que as alíneas que agora constam do nº1, integravam o antigo nº2, alínea c). Isto significa que a autoridade fiscal apenas intervinha nos casos de prática de crime doloso, o que não é requisito na nova redacção (al. a)). Deixou ainda de se exigir para a intervenção, que os factos concretamente identificados, fossem gravemente indiciadores da falta de veracidade do declarado, encontrando-se agora omitida a referência à gravidade, o que obviamente contribuiu para um acesso mais abrangente em desfavor do contribuinte, face ao grau de subjectividade pressuposto pelo preceito (al.b)).

O nº2 do art. 63.º-B foi já formulado em termos semelhantes ao anterior, admitindo de acordo com o nº5, a audição prévia do interessado, assim como recurso judicial, embora neste caso com efeito devolutivo, e por isso com um nível de protecção inferior, visto que não obsta verdadeiramente ao acesso, embora o nº6 preveja que os elementos de prova não possam ser utilizados contra o contribuinte.

Um outro nível de acesso é estabelecido pelo nº3, o qual, também à semelhança da redacção anterior, tem como único aspecto distintivo aqui ser admissível o recurso suspensivo, o que está previsto também pelo nº5.

Por último, o nº8 admite o acesso aos dados de familiares e terceiros numa relação especial com o contribuinte, fazendo depender igualmente esse acesso dos requisitos que já se encontravam previstos, e que constam também do seu nº4, em especial de autorização judicial expressa. Mantém-se a este respeito a problemática da indeterminação do conceito de “relação especial” ainda mal resolvida na vigência deste diploma.

O processo de alargamento do acesso a elementos sob sigilo pela Administração Tributária prosseguiu, tendo sido o período seguinte marcado pela Lei n.º 94/2009, de 1

⁴³ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., pp. 387 e 388, onde defende a inconstitucionalidade do preceito, por violação do art. 26.º, nº1; 19.º, nº1; 20.º, nº1; 103.º, nº2 e 266.º, nº2 da CRP.

de Setembro⁴⁴. Daqui pode retirar-se, como sendo inovador, comparativamente aos diplomas anteriores, o facto do nº5 do artigo 63.º-B, apenas consagrar o recurso suspensivo para a situação em que este era apresentado por terceiros, e ainda, de acordo com o artigo 63.º-A, nº2, estabelecer-se que as “instituições de crédito e sociedades financeiras estão obrigadas a comunicar à Direcção-Geral dos Impostos até ao final do mês de Julho de cada ano, através de declaração de modelo oficial, aprovada por portaria do Ministro das Finanças, as transferências financeiras que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável” o que é normalmente apontado como causa de fuga de capitais benéficos ao sistema nacional.

Posteriormente, a Lei n.º 37/2010, de 2 de Setembro, veio alterar o art. 63.º da LGT, que faz denotar pelo seu nº2, as facilidades no levantamento do segredo bancário, sem dependência de autorização judicial, ao remeter para os arts. 63.º-A, 63.º-B e 63.º-C, nos termos do nº3, vindo por esta via flexibilizar a inspecção nesta matéria. Esta Lei veio ainda alterar o art. 63.º, nº7, alíneas a) e b), para efeitos da notificação das instituições de crédito e sociedades financeiras, consoante o acesso directo ocorra com ou sem audição prévia do interessado. Nos termos do art. 63.º-B, nº1, a Administração Fiscal, já antes podia aceder sem que houvesse lugar ao consentimento do titular dos elementos protegidos, tendo sido acrescentada a alínea g), segundo a qual, o acesso é realizado nestes mesmos termos, também no caso de existência comprovada de dívidas à segurança social. Deve ainda operar-se, de acordo com o nº 11, da mesma disposição, que as quebras ao sigilo bancário assim realizadas devem ser remetidas à Assembleia da República, enquanto dados estatísticos. Para terminar, este diploma veio alterar o art. 63.º-C, tendo introduzido os números 4 e 5, pelos quais a Administração pode aceder a elementos respeitantes a contas afectas à actividade empresarial sem consentimento dos titulares.

Mais recentemente, a Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, novamente na esteira dos orçamentos gerais do Estado, trouxe alterações para a LGT, nomeadamente os arts. 63.º-A, nº 1 e 3, que vem sujeitar a mecanismos de informação automática. Relativamente ao primeiro, quanto à abertura e manutenção de contas por contribuintes cuja situação tributária não esteja regularizada, assim como quando se encontrem em sectores de risco, e quanto a certas transferências transfronteiras. Quanto ao nº3, o

⁴⁴ Alterou os arts. 63.º, 63.º-A, 87.º e 89.º-A da LGT; revogou as als. b) e d) do art. 63.º, nº6 e o nº 3 e 8 do art. 63.º-B da mesma Lei.

mesmo sucede mas em relação aos pagamentos efectuados com cartão de crédito e débito, sem identificação dos respectivos titulares.

Já em 2012, a Lei n.º 20/2012, de 14 de Maio, trouxe modificações para os novos arts. 63.º-A, n.º4, e 63.º-C, n.º3.⁴⁵

Para o Professor Menezes Cordeiro, “já não se trata de facilitar a fiscalização, o próprio sistema financeiro funciona como órgão indirecto do fisco.”⁴⁶ Face a todas as alterações realizadas, serão sempre levantadas questões que envolvem obviamente o princípio da reserva da intimidade da vida privada, assim como o princípio da proporcionalidade, largamente postos em causa com o levantamento do sigilo bancário. É indiscutível a pressão exercida por parte da Administração Fiscal no sentido do melhor apuramento da situação tributária dos contribuintes, pelo que todo o percurso foi sempre no sentido de uma maior ingerência na vida pessoal dos indivíduos, o que se demonstrou evidente, através dos poderes atribuídos às autoridades tributárias, sobretudo pela ausência do recurso à via jurisdicional. O professor aborda o problema numa perspectiva de utilização das instituições de crédito e sociedades financeiras ao serviço dos interesses da Administração Fiscal, e portanto vai para além do que já é uma constatação entre nós, ou seja, da mera derrogação do sigilo bancário, o que visa demonstrar o poder e controlo exercidos pela Administração Tributária, referindo mesmo que estaríamos actualmente perante um modelo orwelliano de sociedade⁴⁷, assistindo-se a uma limitação dos direitos das pessoas. O problema não se coloca, nestes termos, perante situações em que o segredo bancário não possa ceder, mas sim relativamente ao modo como essas cedências estão a ser equacionadas.

Actualmente vigora a Lei n.º 13/2016, de 23 de Maio,⁴⁸ que veio atribuir uma nova redacção aos artigos da LGT. Ao art. 63.º-A, foram acrescentados o n.º7 e n.º8. Estes números vêm determinar que a obrigação de comunicação já prevista pelo artigo, que

⁴⁵ De acordo com o art. 63.º-A, n.º4, as instituições de crédito e sociedades financeiras devem fornecer a pedido das autoridades competentes, informações quanto aos fluxos de pagamento com cartões de débito e crédito, efectuados por seu intermédio, devidamente identificados no pedido os sujeitos passivos, e sem revelar os titulares dos cartões; O art. 63.º-C, n.º3 dispõe que os pagamentos de facturas ou documentos de valor igual ou superior a 1000 euros devem ser realizados, de modo a permitir a identificação do destinatário.

⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...*, ob. cit., pp. 392 e 393. O Professor entende que já nos encontramos aqui perante um nível mais avançado de derrogação do sigilo bancário, visto que já não está tanto em causa os aspectos do acesso pela Administração Tributária, porque esse acesso já se tornara óbvio, mas sim, estaríamos perante “uma utilização directa das instituições de crédito como órgãos coadjuvantes da Administração Fiscal.”

⁴⁷ Sobre uma sociedade de vigilância total, OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 640 e ss.

⁴⁸ Quer-se aqui atribuir particular ênfase aos arts. 63.º a 64.º-C (alterados pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro).

cabe às instituições financeiras relativamente à Autoridade Tributária e Aduaneira, seja estendida às transferências e envio de fundos efectuados pelas sucursais localizadas fora de território português, ou ainda por entidades não residentes com as quais existam relações especiais, e isto quando as instituições financeiras tenham ou devessem ter conhecimento que o destinatário final se trata de entidade localizada em território de baixa tributação. Na declaração de rendimentos, os sujeitos passivos de IRS, devem contemplar a existência de conta de depósito ou de títulos aberta em sucursal fora do território português de instituição financeira residente, e de que sejam titulares, beneficiários ou que estejam autorizados a movimentar, sendo o beneficiário “o sujeito passivo que controle, direta ou indiretamente, e independentemente de qualquer título jurídico mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, os direitos sobre os elementos patrimoniais depositados nessas contas.”

Ao art. 63.º-B, nº1, foi acrescentada a al.h), a qual permite que possa verificar-se o acesso a informações e documentos bancários, sem consentimento do titular, quando estas tenham sido solicitadas no âmbito de acordos ou convenções internacionais, não havendo lugar, nos termos do nº13, a notificação dos interessados ou audição prévia de familiar ou terceiro, quando o pedido tenha carácter urgente ou possa pôr em causa a investigação no Estado requerente e quando solicitado por este.

Fora ainda aditado o art. 63.º-D⁴⁹, o qual respeita aos países, territórios ou regiões com um regime fiscal claramente mais favorável. Este artigo estabelece que deve ser elaborada uma lista que consagre quais são os territórios nas referidas condições, estipulando mesmo critérios para aferir o que deve ter-se por regime fiscal claramente mais favorável.

Por último, foram acrescentados os arts. 64.º-B e 64.º-C. O primeiro é relativo ao combate à fraude e à evasão fiscais. Segundo este, o governo deve apresentar à Assembleia da República até ao final de junho de cada ano, um relatório do qual devem constar os progressos efectuados no combate à fraude e evasão, o qual deve respeitar a todas as áreas de tributação, e deve explicitar os resultados atingidos, nomeadamente quanto às liquidações adicionais e colectas recuperadas. O artigo exige uma série de requisitos que devem constar do relatório. Finalmente, o art. 64.º-C, para efeitos do disposto no CP, considera os funcionários da Autoridade Tributária e Aduaneira, no

⁴⁹ Aditado pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro.

exercício das funções que assim lhes sejam cometidas, como estando investidos de poderes de autoridade pública.

As alterações mais recentes à LGT, que se achou por bem tratar neste domínio, têm um certo teor inovador, e que demonstram em grande parte a implementação em Portugal das medidas debatidas no âmbito internacional e europeu, porque embora estas estabeleçam um carácter mais interventivo por parte da Administração Fiscal, sempre com novas situações de alargamento, e que têm ínsita a preocupação de combate à fraude e evasão, é ainda muito relevante a autonomização de artigos que versam directamente sobre estas questões.

2. A influência a nível internacional e europeu: A era da transparência fiscal

2.1 A troca de informações

No contexto da globalização e perante a crise financeira impulsionou-se a criação de mecanismos de cooperação internacional, com lugar de destaque para a troca de informações⁵⁰, num ambiente marcado pela abertura e transparência, o que se repercutiu também em Portugal, através das directrizes provenientes da OCDE e UE, encontrando-se sujeito ao regime resultante das convenções de dupla tributação, de acordo com o art. 26.º do Modelo de Convenção, e ao estipulado no âmbito europeu nas relações entre Estados-Membros. Assim sendo, quer ao nível internacional, quer ao nível europeu, as posições encontram-se numa progressiva tendência para o levantamento do sigilo bancário, face às necessidades de colaboração, ou mais concretamente, de assistência administrativa na troca de informações, o que assenta num crescente controlo fiscal.

A troca de informações é um mecanismo essencial no campo da cooperação internacional, estando prevista no art. 26.º do Modelo de Convenção. Esta assenta numa lógica de reciprocidade, não sendo exclusiva ao imposto sobre o rendimento, mas como se encontra referido no nº1 do art.26.º, é respeitante aos impostos de qualquer natureza, e portanto tem um âmbito de aplicação alargado, desempenhando o papel de cláusula geral. É um instrumento de cooperação global, que é fundamental e central a toda a actividade tributária.

⁵⁰ XAVIER, Alberto, ob. cit., pp. 771 e ss.

Esta pode ser activada de várias formas, e depende dos acordos que os Estados têm entre si. Essa activação pode ser dada de forma automática, a pedido, ou espontaneamente.⁵¹ Na activação dependente de pedido, um Estado solicita a outro a informação sobre determinado sujeito passivo, carecendo de justificação para esse efeito. Na forma automática, o Estado não tem que estar dependente de um pedido expresso de informação, procedendo as autoridades tributárias ao envio directo dessa informação ao outro Estado. Neste caso haverá lugar a um protocolo prévio para que a transmissão automática possa ocorrer. Já na forma espontânea, não existe um protocolo prévio, no entanto, a Administração Tributária quando entende estar perante uma determinada situação relevante, transmite espontaneamente a informação à Administração Tributária do outro Estado, independentemente da realização de qualquer pedido. Como é perceptível, neste último caso, a reciprocidade não se encontra garantida, pois na ausência de confiança não haverá lugar à espontaneidade por parte dos Estados. Actualmente verifica-se uma tendência para a existência de uma troca automática de informação, sendo essa troca realizada em termos multilaterais. Esta situação sucede, porque se tem em consideração que os esquemas evasivos implicam vários Estados, caso contrário só se teria acesso a uma parcela desses mesmos esquemas. As vias bilaterais, por vezes, não estão aptas a resolver por si só esta problemática, pelo que é necessário o cruzamento de informações entre os vários Estados.

Segundo o nº2 do art. 26.º, as informações obtidas por um Estado contratante, nos termos acima descritos, pautam-se ainda pela confidencialidade, sendo apenas “comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança dos impostos” visados pela convenção, sendo esta uma característica fundamental das convenções, ou seja, a existência de um secretismo inerente às informações trocadas. Cabe também referir, que fruto das alterações trazidas pela revisão de 2005 ao Modelo de Convenção, passou a considerar-se possível a divulgação das informações aos organismos de controlo, ou seja, “as autoridades que exerçam funções gerais de supervisão das autoridades

⁵¹ *Vide*, Comentários do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, pp. 662 e ss, parágrafos 9 e 9.1.

incumbidas da administração e da aplicação da legislação fiscal no âmbito das funções gerais da administração do Governo de um Estado Contratante.”⁵²

Seguidamente, e de acordo com o nº3 do art. 26.^{o53} do Modelo de Convenção, os Estados podem recusar troca de informação em certas circunstâncias, não devendo estes abdicar da forma como protegem determinados valores. No entanto, o nº4 vem esclarecer que não deve ser realizada uma interpretação, no sentido destas limitações permitirem “que um Estado contratante se recuse a prestar tais informações pelo simples facto de estas não se revestirem de interesse para si, no âmbito interno”, assim como, nos termos do seu nº5, não deve ser feita uma interpretação, no sentido de admitir que “um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque estas são detidas por um banco, instituição financeira, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa”.⁵⁴

Fora dos casos em que é permitido a um Estado Contratante a não transmissão da informação, caso um Estado proceda à recusa, esta será uma recusa indevida, o que representa uma quebra na confiança com repercussões para a lógica da reciprocidade. Neste caso, pode aceder-se ao mecanismo de procedimento amigável, previsto pelo art. 25.^o, na medida em que, de acordo com o nº3 do art.25.^{o55}, é alargada a possibilidade de actuação deste mecanismo para além das circunstâncias previstas para as normas do Modelo de Convenção. Em termos genéricos, devem existir mecanismos que promovam a resolução dos litígios das partes nos seus acordos de dupla tributação, pois qualquer direito só atinge o seu objectivo se for tornado efectivo. O procedimento amigável visa por essa mesma razão a resolução de litígios, indo mesmo além dessa resolução, na

⁵² Vide, Comentários ao Modelo de Convenção sobre o Rendimento e o Património, p.667, parágrafo 12.1.

⁵³ Nos termos do nº3 do art. 26.^o, a troca de informações não deve implicar que um Estado Contratante tome medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado; forneça informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado (limites em razão da competência); transmita informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública (limites em razão da matéria).

⁵⁴ Alterações introduzidas pela revisão de 2005 e que se encontram em consonância com o Relatório *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, elaborado pelo Comité dos Assuntos Fiscais em 2000 (disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2497487.pdf>) e com o Acordo Modelo da OCDE sobre a Troca de Informações, que data de 2002. O referido relatório teve como propósito o melhoramento da cooperação entre Estados no que respeita à troca de informações bancárias, considerando que estas deveriam ser cedidas para efeitos fiscais. No seu ponto 21 (p. 14 do relatório) são mesmo sugeridas medidas conducentes à implementação de práticas que privilegiem o acesso. No entanto, estas não eram ainda medidas com carácter de obrigatoriedade.

⁵⁵ Vide, comentário do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, pp. 614 e ss, parágrafo 55.

medida em que as partes podem nem se encontrar mediante um litígio, mas podem ter uma dúvida meramente interpretativa, ou estar perante dado caso lacunar, para o qual o procedimento amigável também deverá ser utilizado, e portanto este pode ocorrer perante um caso concreto ou perante uma situação potencial. O procedimento inicia-se por iniciativa do sujeito passivo, que fã-lo contactando a Administração Tributária do seu Estado de residência, que por sua vez entra em contacto com a Administração do Estado da fonte, tendendo a haver um prazo para esta iniciativa. Na inexistência de acordo entre os Estados Contratantes, nos termos do art. 25.º, nº5, e uma vez passados dois anos, é possível recorrer à arbitragem. A obrigação não é por isso de resultado, podendo não ser obtida resolução do caso por via do procedimento amigável. O recurso à arbitragem comporta duas ressalvas. Primeiramente, para activar o procedimento arbitral não pode ter existido decisão do caso em nenhum dos Estados. Além disto, a decisão arbitral não terá que ser necessariamente vinculativa, ou seja, se o contribuinte discordar da decisão, esta não é aplicável, pelo que não se verifica assim qualquer tipo de imposição.

A troca de informações consiste assim num esforço de colaboração entre os vários países, o que representa um contributo de suma importância para atingir a transparência fiscal. Desde há muito se promovia a necessidade de aproximação das políticas fiscais, no sentido de quebra das suas fronteiras, para num clima de globalização ser possibilitado o controlo das situações de fraude e evasão fiscal, o que seria aliás alcançável, uma vez aliado a um sistema de acesso às informações bancárias, sendo que estas, não são actualmente oponíveis às Administrações Fiscais da maioria dos países da OCDE.

A troca de informações através da adaptação nas convenções entre os Estados Contratantes do regime ínsito no art. 26.º do Modelo de Convenção, como analisado, não é o único instrumento disponível para a prossecução do objectivo de aumento da transparência fiscal. Em termos semelhantes, e ainda no âmbito da OCDE, o Acordo Modelo sobre a Troca de Informações em Matéria Fiscal⁵⁶, assume ainda um papel crucial, num contexto de combate à concorrência fiscal prejudicial⁵⁷, o qual vem

⁵⁶ Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2082215.pdf>

⁵⁷ Recomendação 2012/791/EU, pelo qual os Estados Membros da Eu pretendem influenciar países terceiros, no sentido de diminuir/eliminar as práticas fiscais prejudiciais. Com este intuito apela-se à criação de normas mínimas de boa governação em matéria fiscal, tendentes à transparência fiscal e à troca de informações entre os Estados, as quais devem ter uma aplicação efectiva. Verifica-se também uma preocupação no que respeita ao afastamento das práticas fiscais prejudiciais em matéria da fiscalidade das

precisamente reforçar a ideia de cooperação para efeitos fiscais, entre os países da OCDE e outras jurisdições. Esta preocupação já se encontrava implícita no Relatório da OCDE, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*⁵⁸, de 1998, e que apesar disso, releva na prossecução de finalidades muito actuais. As práticas fiscais prejudiciais pressupõem a criação pelos Estados de esquemas atractivos para os sujeitos passivos, que irão proceder às suas escolhas em função das diferenciações provocadas nas legislações. No relatório procede-se, neste enquadramento, à compreensão de critérios distintivos entre os paraísos fiscais e os regimes fiscais preferenciais⁵⁹, mas além disso, encontram-se sempre presentes uma série de recomendações no combate a estes regimes. Entre essas recomendações^{60 61}, destaca-se que não devem ser adoptados novos modelos com cláusulas nefastas para a concorrência. Após a detecção das cláusulas prejudiciais, deve optar-se pela manutenção (*cláusula stand still*), ou seja, não deve haver lugar a disseminação das mesmas, nem acréscimo de cláusulas novas, deve sim realizar-se uma revisão das medidas existentes, onde se refere mesmo uma *self review*, na qual os Estados individualmente devem proceder a uma avaliação destas cláusulas, num prazo de cinco anos. Para a divulgação de boas práticas fiscais entre os Estados há ainda todo o interesse na realização de Fóruns, que são criados para que casos concretos, de normas em concreto, fossem impedidos por vários Estados, o que funciona como estímulo às boas práticas. Nas recomendações encontra-se ainda integrada a elaboração de uma lista negra de paraísos fiscais.

empresas. Consultar o Anexo 1 do Código de Conduta da UE (1 de Dezembro de 1997) no domínio da fiscalidade das empresas, disponível em:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/COC_PT.pdf

⁵⁸ Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>

⁵⁹ Capítulo 2 do Relatório, pp. 19 e ss. De acordo com os critérios fixados pelo Relatório de 1998, pode concluir-se que um paraíso fiscal pressupõe que a tributação não exista ou que os níveis de tributação sejam muito reduzidos. Nos paraísos fiscais não há lugar a troca de informações. Verifica-se uma falta de transparência dos regimes fiscais, os quais, por muitas vezes serem dúbios, são conducentes a situações propícias ao aproveitamento. Nos paraísos fiscais não deve ainda ocorrer actividade substancial, havendo uma mera deslocalização da residência formal, mantendo-se a actividade substancial noutros locais. Assim sendo, está a ser coarctada a liberdade dos outros Estados tributarem devidamente. Nos regimes fiscais preferenciais, os benefícios que são obtidos ou concedidos nestes territórios, apenas são válidos para não residentes. Os residentes do Estado não podem aceder ao regime privilegiado. O objectivo passa pela captação de investimentos, mas é violador do princípio da igualdade. Estes são regimes não desejáveis para a construção do direito internacional fiscal.

⁶⁰ Pp. 56 e ss do relatório.

⁶¹ Business Industry Advisory Committee (BIAC) rejeita que a concorrência fiscal seja um fenómeno que não deva ser estimulado; considera que a fiscalidade não é o factor de maior preocupação, pois não é também o factor que causa maior mobilidade nas empresas; critica que não se tenha realizado uma definição das actividades financeiras; considera que os paraísos fiscais são utilizados pelas especialidades que neles são desenvolvidas, sendo estas mais relevantes do que as vantagens fiscais. Esta crítica parte do pressuposto de que o relatório de 1998 tem uma intencionalidade de fazer com que estes países aumentem a sua tributação, e, contrariamente ao proferido pelo BIAC, o objectivo não é o aumento dos impostos ou da receita fiscal, mas sim evitar a erosão significativa das bases de tributação.

As práticas fiscais prejudiciais conduzem aos problemas já aqui visados, e que impossibilitam a existência de uma harmonização fiscal. A concorrência fiscal prejudicial gera clivagens entre os Estados, conduz a perdas de receita, e põe em causa os princípios do direito fiscal, com especial ênfase ao princípio da solidariedade fiscal, daí a importância das medidas para o seu combate. As medidas não são no entanto estanques, muito pelo contrário, assiste-se a um longo percurso de trabalho levado a cabo pela OCDE e UE para a sua concretização, considerando-se oportuno evidenciar determinados trabalhos subsequentes, levados a cabo pela OCDE, pela sua importância manifesta no traçar de um caminho para uma maior transparência, o que se tem por relevante para a retirada de conclusões, face a um elenco muito mais extenso de questões que se levantam por detrás da matéria do sigilo bancário.

Neste sentido, os trabalhos desenvolvidos na temática da troca de informações, privilegiam a forma de troca automática, considerando ser esta a que melhor permite o combate aos esquemas evasivos. Além disso, é muito focada a questão da harmonização das legislações internas, na medida em que esta retira a possibilidade de existirem realidades híbridas, visto que, diferentes qualificações, em diferentes ordenamentos, podem resultar numa dupla tributação, pelo que, uma solução adoptada em conjunto seria preventiva dessa situação. Em 2013, e tomando em consideração as questões referidas, surge um documento chave, o *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*⁶². Os Estados têm reacções nefastas aos mecanismos de evasão, isto porque sentem erosão nas suas bases de tributação, e, uma vez se verificando deslocalizações para áreas com tratamento fiscal mais favorável, ou seja, um desvio dos lucros para territórios de baixa tributação, torna-se necessária a constituição de um plano de acção que pretenda precisamente tentar encontrar formas de evitar estes efeitos nefastos, e daí a existência do BEPS. Querem-se assim evidenciar apenas alguns dos aspectos consagrados no plano. Este considerou fundamental a necessidade de se estabelecer uma coerência da tributação das sociedades comerciais, o que não significa a defesa de uma base consolidada, mas devendo ser melhorada a interação tributária das sociedades nos diferentes territórios, e por isso é requerida a coerência. Estabelece-se a revitalização do princípio da substância sobre a forma, devendo este estar assegurado de modo a prevenir uma utilização abusiva dos acordos de dupla tributação. Relativamente aos preços de transferência apela-se ao apuramento dos valores reais, sendo que, nos

⁶² Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

casos de realidades intangíveis, as quais não têm algo equiparável no mercado, a comparabilidade directa fica impossibilitada, pelo que carecem de resolução. Deve ser também assegurada a transparência, onde se denota novamente uma preocupação no desenvolvimento de instrumentos multilaterais.

O sigilo bancário fora também inicialmente defendido na UE. Face à liberdade de circulação de pessoas e capitais era exigível a sua protecção. Os Estados-Membros reconheciam um direito à reserva da intimidade da vida privada, e consequentemente, o direito ao sigilo bancário. Este direito era já resultante do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na qual se defende o respeito pelo direito à vida privada e familiar. A tutela do segredo bancário até surgira expressa na 1ª Directiva do Conselho, 77/780/CEE, de 12 de Dezembro, a qual é relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício, onde importa atender à redacção atribuída pela Directiva 89/646/CEE⁶³, de 15 de Dezembro, a denominada 2ª Directiva. De acordo com o art. 16.º, no art. 12.º da 1ª Directiva deveria constar que as pessoas que exerçam ou tenham exercido uma actividade para as autoridades competentes, estariam sujeitas ao sigilo profissional, o qual implica, que as informações confidenciais obtidas no âmbito da profissão não possam ser divulgadas.

No quadro das preocupações desenvolvidas pelos Estado-Membros é desde já possível antever que a regra do sigilo bancário não estaria longe de deixar de ser utilizada como fundamento para a recusa de informações relevantes em matéria fiscal, pelo que cabe ainda considerar a sujeição a instrumentos comunitários, que devem observar-se nas relações entre Estados-Membros.

No que concerne à troca de informações é aplicável a Directiva n.º 77/799/CEE, de 19 de Dezembro⁶⁴, transposta para o ordenamento jurídico interno pelo DL n.º 127/90, de 17 de Abril. Este regime, em comparabilidade com a troca de informações do Modelo de Convenção, comporta trocas automáticas e espontâneas de informação, além de mediante pedido (arts. 2.º a 4.º); introduz limites adicionais à troca de informações (art. 8.º); considera a hipótese de autorização da presença de elementos da administração fiscal de um Estado-Membro no território do outro Estado-Membro,

⁶³Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0646>

⁶⁴Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31977L0799>

A Directiva respeita aos impostos sobre o rendimento e património, tendo posteriormente passado a abranger o IVA e os impostos especiais de consumo (Directiva 79/1070/CEE). Actualmente encontra-se revogada pela Directiva 2011/16/EU.

quando ambos os Estados o considerem necessário (art.6.º); podem ainda existir trocas de informação triangulares, com autorização do Estado que primeiramente transmitiu a informação (art. 7.º, nº4).

O DL n.º127/90, de 17 de Abril, que procedeu à transposição da Directiva, comporta um aspecto distinto em relação à mesma, o qual consta do seu art. 6.º. Segundo este artigo, “a autoridade competente notificará a pessoa relativamente à qual são prestadas as informações da comunicação que vai ser feita, indicando a autoridade competente a que vai ser fornecida a informação e a natureza desta”, sendo que nos termos do art. 6.º, nº3, o notificado pode submeter à autoridade competente, as razões pelas quais essas informações não devem ser transmitidas⁶⁵.

No âmbito europeu, teve especial importância a Directiva da Poupança (Directiva n.º 2003/48/CE, de 3 de Junho)⁶⁶. Nesta prevê-se a tributação dos rendimentos da poupança sobre a forma de juros, e tendo vindo impulsionar a troca automática de informações na UE. Visa assim permitir que os juros, que tenham sido recebidos num determinado Estado-Membro, por sujeitos passivos que tenham a sua residência noutro Estado, possam ser tributados no seu Estado de Residência, e em conformidade com a sua legislação. Ora esta situação pressupõe um regime de troca automática de informações entre os Estados-Membros. O Estado-Membro do agente pagador dos juros irá informar o Estado-Membro da Residência do beneficiário efectivo dos mesmos. É certo que em Portugal possuímos um sistema de tributação pela totalidade dos rendimentos dos residentes, cuja obrigação declarativa deve contemplar esta mesma totalidade. No entanto, a adopção de um sistema de troca automática de informações entre os Estados vem acentuar uma situação de cumprimento pelos contribuintes, e tem subjacente a finalidade evidente de combater a fraude e evasão fiscal.

O âmbito objectivo de aplicação da Directiva respeita somente aos rendimentos da poupança sobre a forma de juros, tal como vem definido pelo seu artigo 6.º. Já quanto ao seu âmbito subjectivo, encontram-se obrigados, o beneficiário efectivo (art.2.º), ou seja, qualquer pessoa singular que receba um pagamento de juros num Estado Membro distinto daquele em que reside, a não ser que prove que os juros não foram atribuídos em seu proveito (als. a), b) e c) do art.2.º). Caso a pessoa singular não se encontre

⁶⁵ Esta inovação foi no entanto considerada como um obstáculo às investigações sobre a fraude e evasão, pelo que nos casos em que assim seja entendido, não deve realizar-se a notificação, caso em que se exige uma solicitação expressa da autoridade competente nesse sentido – alteração pelo DL n.º52/93, de 26 de Fevereiro.

⁶⁶Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003L0048>

contemplada pelas referidas alíneas, e portanto, não seja uma das situações em que seja possível provar que não obteve os juros em seu proveito, procede-se ao apuramento do beneficiário efectivo, mas na ausência de determinação do mesmo, o artigo estabelece no seu nº2 uma presunção de que o beneficiário efectivo será considerada a pessoa singular recebedora do pagamento efectuado. Encontram-se ainda vinculados, o agente pagador, que vem regulado pelo artigo 4.º, e por último, relativamente a quem efectua a troca de informações, a autoridade competente do Estado-Membro, o que está previsto pelo artigo 5.º da Directiva.

No artigo 3.º, a Directiva vem ainda estabelecer normas mínimas para a identificação e determinação da residência dos beneficiários efectivos, a qual varia de acordo com o início da relação entre o agente pagador dos juros e o beneficiário efectivo (anterior a 1 de Janeiro de 2004, ou a partir desta data).

O artigo 8.º estabelece qual deve ser o conteúdo da comunicação realizada pelo agente pagador à autoridade competente do Estado em que se encontra estabelecido, e são informações quer relativas à sua identidade, endereço, conta, quer relativas ao pagamento dos juros, nos termos do nº2. Ainda mais relevante é a comunicação quanto à troca automática de informações, esta já estabelecida entre a autoridade competente do Estado-Membro do agente pagador e a autoridade competente do Estado-Membro da residência do beneficiário efectivo. De acordo com o art. 9.º, nº1, devem ser comunicadas as informações referidas no art. 8.º, à autoridade competente do Estado de Residência do beneficiário efectivo. A comunicação deve ser realizada “pelo menos uma vez por ano, nos seis meses subsequentes ao termo do exercício fiscal do Estado-Membro do agente pagador, em relação a todos os pagamentos de juros efectuados durante esse ano.”

A Directiva prevê também um conjunto de disposições transitórias (arts 10.º e ss.), sendo que a Bélgica, Áustria e Luxemburgo não aplicaram o regime da troca automática logo desde o seu início.

A Directiva da Poupança foi transposta para Portugal pelo DL n.º62/2005, de 11 de Março, encontrando-se actualmente revogada pela Directiva da UE 2015/2060⁶⁷, de 10 de Novembro. Esta situação resultou da necessidade de estabelecimento de metas mais exigentes no campo da transparência fiscal, nomeadamente pelo reforço das medidas contra a fraude e evasão, havendo lugar a uma sobreposição de legislação neste

⁶⁷Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2060&from=ES>

domínio. As Directivas comunitárias tendem progressivamente a abranger novas categorias de rendimentos e capitais, sendo prova disso mesmo, a Directiva 2014/107⁶⁸, que também quanto à troca automática de informações, procede ao alargamento do seu campo de aplicação, por forma a incluir juros, dividendos e outros rendimentos, tendo por isso um âmbito mais alargado, e estabelecendo que em caso de sobreposição, deve esta prevalecer, o que sucede relativamente à Directiva da Poupança.

O percurso evolutivo dos instrumentos internacionais e comunitários no campo da troca de informações foi-se construindo num sentido permissivo no que respeita à abertura da confidencialidade, atribuindo primazia às preocupações fiscais, pelo que se assiste a uma mudança clara de paradigma, que tendo em conta o combate às situações de evasão fiscal, privilegia a troca automática de informações financeiras.

Foi nos Estados Unidos que se deu o ponto de viragem, através da criação de um modelo de troca automática, o *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*. A partir deste modelo foi criado pela OCDE, um programa de troca de informações, o qual se designa por *Common Reporting Standard (CRS)*⁶⁹, e que obrigaria uma série de países a realizarem trocas de informação automática, tendo um cariz verdadeiramente multilateral, na medida em que está a ser implementado na União Europeia (Directiva 2014/107/EU)⁷⁰ e em muitos outros países, incluindo paraísos fiscais. As instituições financeiras transmitem a informação às autoridades tributárias, sendo que estas posteriormente procedem ao reporte à Administração Tributária do outro país. Esta troca sucede sem que se verifique o consentimento prévio do contribuinte. O CRS representa assim uma concretização de objectivos, há muito batalhados na OCDE e UE, mas significa sobretudo o inevitável afastamento da regra do sigilo bancário, assim como a elevação da troca automática de informações para um patamar superior, nunca antes esperado, para uma cooperação administrativa no domínio da fiscalidade verdadeiramente global.

⁶⁸Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0107>

⁶⁹Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/>

Ver sobre o CRS a nota informativa: Telles de Abreu Advogados, Transparência Fiscal: Troca Automática de Informações Financeiras, disponível em: http://www.telles.pt/wp-content/uploads/2015/09/Transparencia_Fisca.pdf

⁷⁰ Directiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014, que altera a Directiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade. Esta Directiva significa a subscrição pela União Europeia do programa do CRS, e obriga à transposição para a legislação dos Estados-Membros. Actualmente, a EU 2011/16 encontra-se alterada pela Directiva 2016/881/EU.

2.2 Assistência em Matéria de Cobrança de Impostos

A assistência na cobrança de impostos é considerada uma forma de cooperação internacional com um carácter mais intenso e mais raramente adoptada nas convenções entre os Estados. Esta prática foi introduzida no Modelo de Convenção da OCDE, nomeadamente no seu art. 27.º.

Nos termos da Convenção, os Estados Contratantes prestam assistência mútua para fins de cobrança dos seus créditos fiscais, sendo que o Estado requerido procede à execução forçada de um tributo devido ao Estado requerente. Esta assistência não é restringida pelos artigos 1º e 2º da Convenção Modelo, o que significa que não é apenas aplicável a residentes dos Estados Contratantes, nem se encontra limitada aos impostos abrangidos pela Convenção. O nº1 do art. 27.º estabelece ainda que os Estados Contratantes acordam as formas pelas quais irão proceder à aplicação deste artigo.

De acordo com o nº2 do art. 27.º, crédito fiscal “designa uma importância devida a título de impostos de qualquer natureza ou denominação cobrados em benefício dos Estados Contratantes, das suas subdivisões políticas ou autarquias locais, desde que a tributação correspondente não seja contrária à presente Convenção ou a qualquer outro instrumento de que os Estados Contratantes sejam partes, e bem assim os juros, penalidades administrativas e os custos de cobrança ou de medidas cautelares relativas a essa importância”.

Há que atender que o crédito fiscal deve ser exigível de acordo com a legislação do Estado que o solicita, e portanto só existe possibilidade de activação para créditos susceptíveis de serem cobrados pelos Estados que procedem ao pedido. Além deste requisito, o nº3 estabelece ainda que o crédito fiscal tem de ser devido por pessoa que não possa impedir a cobrança, naquela data, e nos termos da legislação daquele Estado, não detendo o sujeito passivo de meios para reagir. Por este motivo, têm que se encontrar esgotados todos os meios de defesa do contribuinte para que este procedimento possa ser aplicável. A soberania de um Estado apenas se pode socorrer da soberania de outro, na ausência de outros mecanismos, caso contrário estar-se-ia a deturpar as garantias do contribuinte. Já relativamente ao Estado requerido, as regras utilizadas para efectivar a cobrança do crédito são as deste Estado, e não as do Estado requerente, pelo que a cobrança é efectuada nos mesmos moldes em que procede

quando se trata dos seus próprios tributos, com exceção dos prazos de prescrição e graduação.⁷¹

O nº4 do art. 27.º acrescenta a admissibilidade da adoção de medidas cautelares⁷² pelo outro Estado, ainda que aquando da tomada dessas medidas, este não seja susceptível de ser cobrado no Estado solicitante, ou que seja devido por pessoa que pudesse impedir a cobrança.

Quanto à existência, validade ou montante de um crédito fiscal, estabelece o nº6 do art. 27.º, que estes não podem ser submetidos aos tribunais ou entidades administrativas do outro Estado Contratante.

Sempre que existir uma alteração das circunstâncias, e deixarem de se verificar as condições referidas pelos nºs 3 e 4 que deram origem ao pedido, as autoridades do Estado requerente deverão notificar desta situação as autoridades do Estado requerido, devendo o primeiro Estado suspender ou retirar o seu pedido, consoante a opção do outro Estado (art. 27.º, nº7).

Encontram-se também aqui consagrados limites à assistência na cobrança de impostos, o que está previsto pelo nº8, sendo possível estabelecer o paralelismo entre esta limitação e o disposto no art. 26.º, nº3, no tocante aos limites estabelecidos para a troca de informações, podendo o Estado contratante proceder à recusa na cobrança. Essa situação verifica-se quando a prestação de assistência implique a tomada de medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante; tomar medidas contrárias à ordem pública; prestar assistência se o outro Estado não tiver tomado todas as medidas razoáveis de cobrança ou cautelares, consoante o caso, de que disponha por força da sua legislação ou da sua prática administrativa; prestar assistência nos casos em que os encargos administrativos para esse Estado sejam claramente desproporcionados em relação aos benefícios que o outro Estado possa obter.

À semelhança do que ocorre quanto à troca de informações, a assistência para a cobrança de créditos detém um âmbito de aplicação que se caracteriza pela sua amplitude. Além disso, o art. 26.º revela-se essencial na atribuição de efectividade a este procedimento, devendo ser assegurada a confidencialidade das informações⁷³, nos mesmos termos estabelecidos pelo art. 26.º, nº1. É ainda relevante, que os Estados

⁷¹ Excepção consagrada pelo nº5 do art. 27.º do Modelo de Convenção. Ver Comentários ao art. parágrafo 22 e 23.

⁷² Comentários ao art. 27.º do Modelo de Convenção, parágrafo 20.

⁷³ Comentários ao art. 27.º do Modelo de Convenção, parágrafo 5.

estabeleçam a troca de informações, em modos que esta possa ser realizada quanto aos impostos a que respeita o art. 27.º.⁷⁴

Tal como referido inicialmente, a assistência para a cobrança de créditos fiscais é raramente incluída nas Convenções entre os Estados. A sua inclusão depende de uma série de condicionantes⁷⁵, pois esta deve comportar benefícios recíprocos, e há que notar que as regras dos Estados devem ser análogas, sobretudo no que respeita à tutela dos direitos fundamentais do contribuinte, sendo esta ressalva, elaborada logo na parte inicial do artigo, onde se refere que este procedimento, por vezes, pode não ser admitido ou não ser justificável, ou ainda ocorrer mas com limitações a países com sistemas fiscais similares ou apenas relativamente a determinados impostos.

No âmbito europeu foram também elaboradas Directivas nesta matéria. A Directiva 2008/55/CEE, de 26 de Maio⁷⁶, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas. Esta foi posteriormente revogada pela Directiva 2010/24/EU, de 16 de Março⁷⁷, e transposta para o ordenamento interno pelo DL n.º 263/2012, de 20 de Dezembro.

Esta Directiva estabelece as regras nos termos das quais deve ser prestada assistência à cobrança num Estado-Membro, de créditos constituídos noutra Estado-Membro, atendendo ao elenco de créditos referidos no seu art. 2.º. Esta pretende superar as contrariedades das normas outrora vigentes, que se revelaram insuficientes, pelo que acarreta o seu aperfeiçoamento, de modo a estimular o recurso a este procedimento, e garantir uma aplicação efectiva do mesmo. Tendo em vista estas finalidades são estipuladas na Directiva um conjunto de medidas em consideração de um necessário e desejável melhoramento. Esta refere a adopção de um título uniforme no Estado-Membro requerido; adopção de um formulário-tipo para notificação de instrumentos e decisões respeitantes ao crédito; resolução dos problemas de reconhecimento e tradução de instrumentos emanados de outro Estado-Membro; criação de uma base jurídica para

⁷⁴ Comentários ao art. 27.º do Modelo de Convenção, parágrafo 13.

⁷⁵ Comentários ao art. 27.º do Modelo de Convenção, parágrafo 1, onde se encontram explicitados os factores que os Estados Contratantes devem considerar para aferir da conveniência da inclusão deste procedimento nas suas convenções.

⁷⁶ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0055>; Esta procede à codificação da Directiva 76/308/CEE, de 15 de Março, e dos subsequentes actos modificativos, que foram transpostos para a ordem jurídica interna pelo DL n.º 296/2003, de 21 de Novembro.

⁷⁷ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0024>; Ver a este respeito, RFF Advogados, A assistência mútua na cobrança de créditos tributários, disponível em: http://www.rffadvogados.pt/xms/files/KNOW_HOW/Newsletters/2012/12_-_Dezembro/168581_1.pdf

troca de informações sem pedido prévio sobre reembolsos de impostos específicos; os funcionários fiscais de um Estado-Membro deveriam assistir a inquéritos administrativos noutro Estado-Membro ou mesmo contribuir com a sua participação; troca de informações mais directa entre serviços para uma maior celeridade e eficácia na assistência; alargamento das possibilidades de solicitar a cobrança ou as medidas cautelares noutro Estado-Membro; obrigação geral de comunicação dos pedidos e dos documentos em suporte digital e através de rede electrónica. Estas medidas encontram-se no procedimento de cobrança de créditos implementado pela Directiva, o qual é objecto de análise sucinta.

No que respeita à troca de informações, a Directiva distingue, o pedido de informações (art. 5.º) realizado a pedido da autoridade requerente, e a troca de informações, esta sem que se verifique um pedido prévio (art. 6.º). Há ainda a possibilidade de presença nos serviços administrativos e participação nos inquéritos administrativos mediante acordo (art. 7.º). Já quanto à assistência à notificação de documentos, o art. 8.º estabelece que o pedido de notificação efectuado pela autoridade requerente, para que a autoridade requerida notifique o destinatário, deve ser acompanhado de um formulário-tipo, e refere os meios de notificação (art. 9.º). Por último, e quanto ao pedido de cobrança, as dívidas fiscais devem ser objecto de um título executivo no Estado-Membro requerente, para que a assistência possa ser accionada (art. 10.º), assim como não devem ser objecto de impugnação neste Estado (art.11.º), salvo na situação prevista pelo art. 14.º, nº4, terceiro parágrafo, em que se admite o pedido de cobrança ao Estado requerido de crédito impugnado ou que esteja em parte impugnado. O nº2 do art. 11.º estabelece ainda os casos em que é possível proceder à cobrança pelo Estado requerido, quando ainda não foram esgotados todos os procedimentos adequados disponíveis no Estado requerente. Ora daqui se retira a já enunciada possibilidade de acionamento precoce do procedimento de cobrança de crédito no outro Estado-Membro. Este pedido de cobrança deve ser acompanhado de um título executivo uniforme no Estado requerido, nos termos do art. 12.º. Deve atender-se que em todas estas acções está ínsita a questão de utilização de meios de comunicação electrónicos, bem como se encontra presente a preocupação com o regime linguístico (arts. 21.º e 22.º).

A cobrança de créditos é um instrumento também relevante no campo da cooperação internacional, o qual prossegue finalidades semelhantes à troca de informações, com a qual surge interligado, apresentando, no entanto, maior complexidade na sua aplicação,

e distinto na medida em que este visa permitir a assistência para a cobrança de dívidas fiscais. Não deixa de ser um mecanismo que pretende dar resposta à fraude e evasão fiscal, tendo em conta a ameaça que estes problemas representam para os interesses financeiros da UE, para a competitividade, e para o bom funcionamento do mercado interno. Este representa mais um factor de peso para a compreensão de que não é possível dar continuidade a uma lógica que se encontre presa às fronteiras nacionais, assim como à anterior opacidade do sistema financeiro, vindo acentuar o que parece ser o fim da era do sigilo bancário.

Capítulo III – O direito à reserva da intimidade da vida privada e o interesse da Administração Tributária na derrogação do segredo bancário

1. A derrogação do sigilo bancário como restrição aos direitos fundamentais: A exigência constitucional de protecção da situação financeira

Para clarificação desta matéria, é relevante retornar a um ponto crucial, e já debatido a propósito dos fundamentos do sigilo bancário, onde se concluiu pela essencialidade deste direito na protecção da privacidade do cliente na relação jurídica bancária. Assim, não seria permitida a divulgação ou aproveitamento das informações bancárias, as quais seriam reveladoras da situação pessoal e patrimonial do cliente, sendo que a vida económica não estaria dissociada da vida pessoal⁷⁸, pelo contrário, comporta aspectos que permitem o desvendamento desta, a designada biografia pessoal em números.

Neste seguimento, está em causa a reserva da intimidade da vida privada, prevista pelo art. 26.º, nº1 da CRP, pelo que cabe aferir, se este direito integra uma protecção dos dados bancários. A este respeito referiu-se o Ac. 278/95, de 31 de Maio, do TC, analisado ainda a propósito do art. 57.º, nº1, al. e), do DL n.º 513-Z/79, de 27 de Maio, que no contexto da colisão do dever de sigilo com o dever de cooperação com a Administração Tributária, quanto à regulação da Inspeção Geral de Finanças, estipulava que os inspectores podiam “proceder ao exame de quaisquer elementos em poder de serviços públicos, empresas públicas ou privadas, ou obter aí o seu fornecimento, quando se mostrem indispensáveis à realização das respectivas tarefas, designadamente se estas respeitarem a inquéritos, sindicâncias ou procedimentos disciplinares”, não fazendo menção a qualquer controlo judicial. Embora o acórdão não

⁷⁸ Ac. do TC 442/2007, proc. n.º 815/07, no qual se encontra explícito que o sigilo bancário constitui um direito em “que nem é tanto, o conhecimento da situação patrimonial, em si mesma, que pode ser intrusivo da privacidade. O que sobremaneira importa é o facto de esse conhecimento, numa época em que se vulgarizou e massificou a realização de transacções através dos movimentos em conta, designadamente pela utilização de cartões de crédito e de débito – o chamado “dinheiro de plástico” – propiciar um retrato fiel e acabado da forma de condução de vida, na esfera privada, do respectivo titular. É sobretudo como instrumento de garantia de dados referentes à vida pessoal, de natureza não patrimonial, que, de outra forma, seriam indirectamente revelados, que o sigilo bancário deve ser constitucionalmente tutelado.”

tenha aferido da constitucionalidade material, no sentido da restrição ao segredo violar ou não a reserva da intimidade da vida privada, ainda assim, ao concluir pela inconstitucionalidade orgânica no que respeita à referida norma, é possível retirar importantes conclusões. O Ac. considerou que o Governo não era competente para legislar, na medida em que o segredo integra os direitos, liberdades e garantias, sendo matéria de competência reservada, que apenas poderia ser elaborada pela Assembleia da República ou por DL do Governo, com autorização desta (art. 165.º da CRP). Esta apreciação do tribunal torna detectável a sua posição, o qual, embora tenha apenas procedido a uma análise em termos de constitucionalidade orgânica, reconhece que o segredo bancário é uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, visto que “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26º, nº 1, da CRP, surgindo o *segredo bancário* como um instrumento de garantia deste direito”⁷⁹, e portanto reconhece-o como direito fundamental, acrescentando que uma restrição a este direito, deve obedecer aos requisitos impostos pelo art. 18.º, nº2 e 3 da CRP.

Considerar o sigilo bancário como um direito fundamental é uma questão aceite maioritariamente na doutrina. Há quem defenda o segredo bancário enquanto direito que decorre do direito à reserva da intimidade da vida privada, e por esta via, considerando-o um direito constitucional fundamental⁸⁰, no entanto, a divergência verifica-se na abordagem distinta com que os diversos autores procedem à fundamentação dessa relação, o que parte das diferentes concepções estabelecidas quanto ao conteúdo e alcance atribuído ao direito da reserva da intimidade da vida privada⁸¹⁸². De acordo com

⁷⁹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950278.html>

⁸⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo, ob. cit., pp. 192 a 194; CORDEIRO, António Menezes, Direito Bancário...ob. cit., pp. 363 a 366; BARBOSA, Paula Elisabete Henriques, ob. cit., pp. 1236, 1237 e 1247; PIRES, Manuel, Segurança e Protecção da Confiança Legítima do Contribuinte – A intimidade da vida privada, *Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte*, Lisboa, 2012, pp. 63 a 137.

⁸¹ Ac. do STA, Proc. nº 0665/06, de 26/07/2006, Relator (Baeta de Queiroz), no qual se estabelece, que mesmo os autores que não consideram o segredo bancário como sendo parte da dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada, não deixam de lhe atribuir relevância constitucional, a partir da tutela da privacidade, havendo por isso, apenas um nível de protecção menos intenso face à esfera da intimidade. Verifica-se somente uma relativização da pertença do sigilo ao direito à intimidade da vida privada e familiar, através da distinção entre diversas esferas.

⁸² PINTO, Paulo Mota, ob. cit., pp. 530 e ss, “Independentemente de se saber se deve ou não subscrever-se em geral, a distinção, entre uma esfera de intimidade nuclear, absoluta e radicalmente tutelada, e uma outra, mais ampla e já susceptível de intervenção por parte dos poderes públicos, a consideração da dignidade da pessoa humana, enquanto último reduto ético da sua imanente pessoalidade, afirma um limite a qualquer ponderação susceptível de conduzir ao seu total aniquilamento.”

o Professor Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸³, segundo os quais, “alguma doutrina distingue entre esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e esfera privada simples (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público)”, sendo que alguns autores tendem a incluir o sigilo bancário apenas numa esfera privada simples, sujeita a cedências, na medida em que privilegiam a sua vertente económica, menosprezando os aspectos da vida pessoal que podem ser daí retirados, o que atribui à questão alguma complexidade na análise. A este respeito, o Professor Capelo de Sousa⁸⁴, além de defender o segredo bancário como direito que decorre do direito à reserva da intimidade da vida privada, considera que este não se enquadra na esfera privada simples, uma vez que a maioria dos dados bancários do indivíduo, reportam-se a aspectos verdadeiramente significativos da sua vida, procedendo à distinção entre um conteúdo essencial e não essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. A Professora Maria Fernanda Palma⁸⁵, embora realize uma abordagem desta problemática que se insere numa perspectiva focada no direito penal, refere que “há um interesse público reflexo na protecção do segredo. Só assim se justificaria a tutela penal. Tal interesse não pode deixar de ser o inerente ao valor fundamental de reserva da vida privada.” No entanto, considera que a vida patrimonial não pode estar sujeita ao mesmo nível de protecção do que os valores que integram a esfera íntima, e por isso “a invasão da esfera patrimonial não pode ter exactamente o mesmo desvalor da invasão da vida íntima, porque não estará em causa a esfera absolutamente intocável da dignidade da pessoa humana, mas apenas aspectos da relação com os outros relevantes para o desenvolvimento da actividade patrimonial e negocial.” O professor Casalta Nabais⁸⁶ considera por sua vez que o segredo bancário encontra o seu fundamento na esfera da privacidade e não da intimidade, onde se encontram abrangidos os dados de natureza económica, e portanto distingue consoante exista uma ligação mais forte ao valor da liberdade (esfera pessoal), ou, por outro lado, ao valor da propriedade, o que corresponde a uma esfera negocial ou empresarial. Embora as opiniões sejam divergentes, e permitam encontrar diferentes níveis de protecção mais ou menos intensa dentro do direito à reserva da intimidade da vida

⁸³ CANOTILHO, Gomes e J.J Vital Moreira, ob.cit., pp. 181 e 182. No entanto, a referida distinção não parece ser relevante para estes autores.

⁸⁴ SOUSA, Rabindranath Capelo, ob. cit., pp. 216 e ss. Por contraposição ao insito no relatório da Comissão para o Desenvolvimento da reforma fiscal, de 1996, que integrava o segredo bancário numa esfera privada simples.

⁸⁵ PALMA, Maria Fernanda, ob. cit., pp. 195 e ss.

⁸⁶ NABAIS, José Casalta, O dever fundamental..., ob. cit., p. 617.

privada e familiar, todas têm em comum o facto de o segredo ser integrável, de modo mais ou menos amplo, neste direito fundamental. São escassas na doutrina as correntes que vão em sentido contrário. O professor Saldanha Sanches⁸⁷ defende que o segredo bancário não é uma concretização do princípio constitucional do direito à intimidade, a propósito da recepção a nível constitucional do princípio da tributação pelo valor real, o qual está previsto pelo nº2 do art. 104.º, defendendo a liberdade no acesso às informações contabilísticas das empresas sujeitas a IRC.

Ainda em termos semelhantes, a Professora Mary Elbe Gomes Queiroz⁸⁸, para quem, os dados económico-patrimoniais não podem ser considerados invasão da privacidade ou violação da intimidade. Também o Professor Benjamim Rodrigues nega que o sigilo seja uma emanção do direito à reserva da intimidade da vida privada, admitindo, nalgumas circunstâncias, que este funcione enquanto direito instrumental de garantia.⁸⁹

Assim sendo, considera-se que o segredo bancário constitui uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, constante do art. 26.º da CRP. Face à generalização das relações bancárias, e à relevância das informações que são transmitidas ao banco, deve desconsiderar-se a separabilidade dos aspectos pessoais e patrimoniais que integram o segredo bancário, na medida em que, mesmo os aspectos meramente patrimoniais consagram dados reveladores da vida pessoal do indivíduo, pelo que, deve ter-se por indistinto. Por este motivo, não deve ser possível remeter os aspectos meramente económicos a uma esfera apenas relativamente protegida, dentro do direito à intimidade da vida privada. Aqui, atendem-se as mesmas críticas realizadas aos autores que apoiam a teoria das esferas, visto que nada no texto constitucional estabelece que possam ser distinguíveis vários níveis de protecção dentro do direito fundamental, e até pela insegurança e incerteza em termos jurídicos, que é provocada pela indefinição dos elementos que caberiam numa esfera mais íntima face à esfera privada.

Pode desde já adiantar-se que o facto de se considerar o sigilo bancário como direito fundamental, não obsta a que este, à semelhança de outros direitos fundamentais, se

⁸⁷ SANCHES, Saldanha, Segredo bancário..., ob. cit., pp. 25 a 30; A situação actual do sigilo bancário..., ob. cit., p. 373.

⁸⁸ QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, ob. cit., p. 303.

⁸⁹ RODRIGUES, Benjamim, O sigilo bancário e o sigilo fiscal, *Sigilo Bancário*, Lisboa, 1997, pp. 104 e ss, “O direito fundamental à reserva absoluta de intimidade da vida privada, que se impõe a qualquer sujeito de direito, (...) só abrange aqueles domínios que, sendo emanção da personalidade humana, expressam valores ou opções do foro íntimo que não têm de ser conhecidas relacionalmente por encarnarem valores de dignidade do Homem enquanto Homem.”

encontre sujeito a restrições. Este não será pois um direito absoluto⁹⁰, podendo ceder para tutelar outros direitos também consagrados constitucionalmente, o que deverá suceder com respeito pelos artigos 18.º n.º 2 e 3 da CRP, e que cabe aos tribunais dirimir (art. 202.º e 205.º da CRP).

2. O levantamento do sigilo bancário

2.1 Da relevância da ponderação de interesses para fins tributários

Ao segredo bancário, enquanto direito que tutela a privacidade do cliente, contrapõe-se, como vimos a propósito dos limites provenientes da relação jurídica fiscal, um interesse público que exige a aposição de certas restrições. Ainda relativamente aos fundamentos do segredo bancário, este privilegia não apenas a posição do cliente, no resguardo da sua privacidade, mas tutela também a situação das próprias instituições bancárias, e sobretudo o fomento do desenvolvimento económico-social, face à situação de confiança pública criada em relação à Banca, pelo que se compreende que este é ainda um instrumento ao serviço das finalidades do sistema financeiro (art. 101.º da CRP).

A tutela do segredo bancário é hoje uma questão que extravasa a relação bilateral entre o cliente e o banco, na medida em que cada vez mais se verifica a intromissão de terceiros na relação bancária, partindo as agressões a este direito do exterior, nomeadamente no que respeita ao acesso a informações bancárias por entidades públicas, não podendo existir uma intervenção nos contratos celebrados entre privados que seja realizada de forma arbitrária, e daí a sua oponibilidade a terceiros (arts. 62.º, n.º 1; 80.º, c); 86.º, n.º 2 da CRP). Para o Professor Menezes Cordeiro, “apenas valores claramente superiores – e, em princípio de natureza não-patrimonial – poderão consentir, sempre sob a forma de lei com cobertura constitucional, limitações ao segredo bancário; além disso, tais limitações são claramente excepcionais.”⁹¹

⁹⁰ Ac. do TC 607/2003, Proc. n.º 594/03, “tal direito não pode configurar-se, em *absoluto*, como um direito *ilimitável e irrestringível* perante outros direitos ou interesses que, *sub species constitutionis*, se tenham por legítimos.”

Ac. do TC 602/2005, Proc. n.º 514/05, “a reserva do sigilo bancário não tem carácter absoluto, antes se admitindo excepções em situações em que avultam valores e interesses que devem ser reputados como relevantes como, *verbi gratia*, a salvaguarda dos interesses públicos ou colectivos.”

⁹¹ CORDEIRO, António Menezes, Sigilo bancário: fica a saudade?..., ob. cit., pp. 20 a 24 e pp. 31 e 32.

Nos termos do art. 18.º, nº2 e 3 da CRP, só podem existir leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, nos casos constitucionalmente previstos para a tutela de um bem jurídico superior, e devem obedecer ao princípio da proporcionalidade. De acordo com este princípio, exige-se a adequação, a necessidade e racionalidade (ou proporcionalidade *stricto sensu*)⁹². Como tal, cabe analisar se uma derrogação no âmbito fiscal preenche os requisitos referidos, de modo a aferir da sua legitimidade para pôr em causa a vida privada dos cidadãos.

O art. 18.º da CRP estabelece que os direitos, liberdades e garantias são restringíveis para a protecção de outros direitos igualmente protegidos constitucionalmente. Ora a CRP consagra nos seus artigos 101.º e ss. situações que respeitam precisamente ao sistema financeiro e fiscal. De acordo com o art. 101.º o sistema financeiro deve garantir a “formação, captação e a segurança das poupanças”, assim como deve garantir a aplicação de meios financeiros para a promoção do desenvolvimento económico e social. A derrogação do sigilo bancário, ao permitir um maior controlo, através da obtenção de informação financeira, possibilita a verificação da veracidade das declarações, o que visa evitar a fraude e evasão⁹³, e permite também uma tributação mais justa dos indivíduos. Tendo em consideração estas finalidades, o acesso a mais informação conduz ao incremento da tributação, o que representa um contributo para o desenvolvimento económico e social, que é em si, a finalidade do sistema financeiro e fiscal. Esta perspectiva privilegia a intromissão da Administração Fiscal, e torna facilmente perceptível as vantagens que essa intervenção implica. É desta forma demonstrável o reverso da questão do sigilo bancário, pois além do contributo para o desenvolvimento económico-social, através da confiança pública gerada no acesso à Banca e por este garantida, verifica-se simultaneamente, o interesse ínsito na sua derrogação, pelo que a arrecadação de receitas, por via do imposto visa prosseguir ainda

⁹² MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, *Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 4ª Ed, Coimbra, pp. 284 e 285, “Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a idoneidade (=adequação) traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adoptar pelo órgão competente tem de estar em correspondência com ele. A necessidade do meio, significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto* – com menos custos, nuns casos, e com mais benefícios, noutros – a realização do fim; e assim, é essa providência, essa decisão que deve ser adoptada. A racionalidade equivale à justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correcta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido.”

NOVAIS, Jorge Reis, Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa, Coimbra, 2004, pp. 178 e ss.

⁹³ Ver crimes fiscais previstos nos arts. 103.º a 105.º do RGIT (aprovado pela Lei n.º 15/2001 de 5 de Junho).

finalidades fiscais também relevantes.⁹⁴ “Contudo a necessidade de combater o crime organizado ou aumentar a obtenção de receitas públicas não deve facilitar conclusões precipitadas seja sobre a extensão do incumprimento do dever de sigilo, seja a respeito das condições do seu levantamento.”⁹⁵

Mais em concreto, o art. 103.º, n.º1 consagra que “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”, donde se extrai o dever fundamental do pagamento de impostos, essencial para o bem da comunidade. A fuga aos impostos pelos contribuintes vai causar perdas de receita para o Estado, que por sua vez vão ser compensadas através da sobrecarga dos contribuintes cumpridores, o que põe em causa a solidariedade fiscal.

Quer-se assim reafirmar a relevância do levantamento do sigilo, pois para que a satisfação das necessidades financeiras seja possível, é necessário a realização de uma tributação com eficácia, na arrecadação de receitas fiscais, que tenha em conta o efectivo rendimento dos contribuintes, e em que a repartição do imposto seja efectuada de acordo com o princípio da igualdade e da capacidade contributiva (art. 104.º).⁹⁶

Surge assim um panorama no qual se justifica que o sistema bancário e o sistema fiscal devam interagir, padecendo os princípios e finalidades do sistema fiscal referidos, de tanto valor quanto o art. 26.º da CRP, pelo que o segredo bancário não é uma realidade intocável.^{97 98}

⁹⁴ NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental...*, ob. cit., p. 617, segundo o qual, o segredo se caracteriza pelo “relevantíssimo interesse público no correcto funcionamento da actividade bancária”, no entanto, “estes são valores constitucionalmente tutelados que não podem deixar de ser harmonizados com o dever fundamental de pagar impostos”.

⁹⁵ AZEVEDO, Maria Eduarda, ob. cit., p.15.

⁹⁶ A este propósito, SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª ed., Coimbra, 2007, pp. 209 e ss; NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7ª ed., Almedina, 2012, p. 155 e ss.

O princípio da igualdade (aplicação do art. 13.º da CRP ao sistema fiscal) pressupõe que todos os cidadãos se encontram sujeitos ao pagamento de imposto, sendo que cada um será depois tributado de acordo com a sua capacidade contributiva. Quem não é detentor de capacidade encontra-se excluído da incidência. Já quem possui a mesma capacidade contributiva pagará o mesmo imposto (igualdade horizontal), quem tem diferente capacidade contributiva será tributado diferentemente (igualdade vertical).

⁹⁷ BARBOSA, Paula Elisabete Henriques, ob. cit., p. 1247, sufraga este entendimento, não esquecendo que a privacidade deve ser assegurada, pois embora a informação extravase a favor da Administração, esta encontra-se sujeita ao sigilo fiscal. A professora, discorda da bipartição efectuada pelos autores a propósito da existência de uma reserva absoluta, irrestringível, e uma reserva relativa, esta já susceptível a intromissões, que supostamente o direito à reserva da intimidade da vida privada comportaria.

⁹⁸ De acordo com o Ac. do TCA do Norte, proc. n.º 00812/07.4BEVIS, Relator (Moisés Rodrigues), “Apesar da controvérsia que tem persistido na doutrina, o entendimento que tem vingado no T. Constitucional é de que se trata de direitos (sigilo bancário) que, embora respeitem à intimidade da vida privada ou, no mínimo, se integrem na privacidade, «entendida como uma esfera mais alargada que aquela, em que se inserem dados patrimoniais e económicos, objecto de protecção constitucional menos

A respeito desta matéria, a Professora Mary Elbe Queiroz, embora não englobe o segredo bancário na tutela constitucional conferida pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, retira importantes conclusões na forma como elabora a sua fundamentação relativamente ao acesso pela Administração Fiscal.

A professora refere que “não existe quebra de sigilo bancário para as autoridades fiscais visto que, para estas, não existe segredo sobre os dados relativos ao volume de recursos constantes das instituições financeiras. É que o volume dos recursos que lá se encontram já deve estar informado em declarações apresentadas para a Administração Tributária.”⁹⁹ Portanto, no seu entendimento, se a Administração fiscal já tem conhecimento dos dados financeiros, visto que estes são declarados, não se pode assim tratar de um menosprezo aos direitos fundamentais. Se os contribuintes possuem uma obrigação declarativa (arts. 31.º da LGT; 113.º do CIRS; 117.º do CIRC), a administração tributária não está em violação de quaisquer direitos quando requisita esses dados.

Se dados rendimentos não são declarados, estarão a ser omissos para finalidades que visam evitar a tributação, e sendo que todos os contribuintes se encontram obrigados a prestar informações à Administração Tributária, e relativamente à totalidade dos rendimentos auferidos (wwi), então se esta obrigação existe, e mesmo relativamente a factos por vezes muito mais íntimos do que os aspectos das movimentações bancárias, e portanto se há uma obrigação declarativa prévia por parte do contribuinte, não se verifica sigilo que possa ser oposto às autoridades fiscais.

Isto explica que a professora não considere o sigilo bancário como direito fundamental, até porque para si, os dados económico-patrimoniais não podem ser considerados invasão da privacidade ou violação da intimidade, para a qual, a distinção de alguns autores entre várias esferas não se mostra relevante, na medida em que não considera que o segredo possa ser enquadrável em qualquer uma das diversas perspectivas.

As finalidades do sistema fiscal são assim igualmente justificáveis, e o interesse público, mais das vezes, face às situações de fraude e evasão, acaba por se superiorizar. A defesa do interesse colectivo é essencial para possibilitar o cálculo dos rendimentos, de modo a combater a fraude e evasão, e para que os contribuintes possam ser tributados

intensa» e, por isso, gozem da protecção prevista pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, podem, excepcionalmente, sofrer restrições perante outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente o dever fundamental de pagar impostos.”

⁹⁹ QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, ob. cit., p 298.

em condições de igualdade e em respeito pelo princípio da capacidade contributiva e pela solidariedade. Assim se compreende que a obrigação de pagar impostos não deva ser vista como um sacrifício para os contribuintes, muito pelo contrário, deve incitar ao cumprimento, o que apela a uma ideia de responsabilidade social.

A professora menciona a protecção dos direitos fundamentais, mas sim no que respeita à parte procedimental e processual, sendo além disso, ressalvada a importância da salvaguarda do sigilo fiscal. A professora considera que “não há quebra do sigilo bancário quando se transferem informações que estão na posse de instituições financeiras para os agentes do Fisco, pois, a estes, igualmente, é transferida a obrigatoriedade de manutenção do sigilo dos dados obtidos em razão do ofício que desempenham. Assim, a partir desse momento, as citadas informações são transferidas e passam a estar protegidas sob o sigilo fiscal, cuja infringência acarretará responsabilidade administrativa, civil e criminal”.¹⁰⁰ Os cidadãos não se encontram desta forma desprotegidos dos abusos que poderiam ser levados a cabo pela Administração, sendo este o campo que importa mais tutelar, ou seja, no regime procedimental e processual de acesso e no respeito pelo sigilo fiscal por estas entidades, este verdadeiramente protector dos direitos fundamentais.

O Professor Casalta Nabais, embora defenda que o segredo se insere no direito à reserva da privacidade (não intimidade), menciona a essencialidade da sua quebra nalgumas situações, mas além disso, segundo este, a fiscalização das informações bancárias sujeitas ao segredo, funciona como um alargamento dessa obrigação existente, ao sigilo fiscal.

O dever de sigilo fiscal encontra-se consagrado pelo art. 64.º da LGT. De acordo com o nº1, os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou qualquer outro dever legal de segredo. O sigilo fiscal constitui ainda crime tributário comum, previsto pelo art. 91.º do RGIT (Lei 15/2001), além disso, a sua violação, pode consubstanciar contra-ordenação fiscal, nos termos do art. 115.º do mesmo diploma, para os casos de negligência. Portanto não deixará de haver lugar à responsabilização das entidades que divulguem

¹⁰⁰ QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, ob. cit., pp. 300, 324 e 325.

informações a terceiros que estejam cobertas pelo sigilo fiscal, sendo esta uma garantia dos contribuintes.

2.2 Da prevalência do interesse público

De um lado temos o interesse colectivo, onde se quer aferir com exactidão os rendimentos auferidos para evitar situações evasivas e evitar a queda das receitas públicas, o que tem ainda subjacente as ideias de igualdade, capacidade contributiva, e solidariedade (arts. 103.º e 104.º da CRP), e por outro lado, temos o direito à reserva da intimidade da vida privada, e ao segredo bancário inerente, enquanto direito constitucional fundamental, que deve assegurar a privacidade do cliente bancário (art.26.º). É primordial a realização de uma ponderação de princípios, devendo esta ser efectuada à luz do princípio da proporcionalidade.¹⁰¹ De acordo com a professora Maria Silvina Valente, “perante as contradições e colisões normativas desses direitos deve o intérprete, caso a caso, estabelecer limites e condicionalismos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre eles. É isto mesmo, aliás, que decorre do princípio da proporcionalidade estabelecido no nº2 do art. 18.º da CRP.”¹⁰² Este é ainda exigível pelo art. 266.º, nº2 da CRP, quando impõe aos órgãos e agentes administrativos o respeito por este princípio no exercício das suas funções, encontrando-se estes subordinados à CRP e à lei, devendo prosseguir o interesse público, mas sempre com respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

¹⁰¹ Ac. do TCA do Norte, proc. n.º 00380/12.5BEBRG, datado de 27/09/2012, onde se estabelece que “I- O levantamento do sigilo bancário nunca pode ser um fim em si mesmo, só podendo ocorrer no quadro de uma acção de fiscalização tributária, sendo, por isso, delimitada pelo objecto e pelo âmbito temporal dessa acção inspectiva (artigo 63.º da LGT)];

II - Da necessidade de subordinar o levantamento do sigilo bancário a critérios de proporcionalidade decorre que o levantamento do sigilo bancário só constituirá um instrumento lícito do apuramento da situação tributária do sujeito passivo quando, em concreto, se revelar necessário (no sentido de que não existe outra forma de suplantar a falta de colaboração do contribuinte); adequado (no sentido de que a informação em falta pode ser obtida com recurso a essa informação bancária), e proporcionada em sentido estrito (no sentido de que só pode ser pretendido o levantamento do sigilo bancário quanto aos elementos e aos períodos relativamente aos quais foi verificada a falta de colaboração).”

¹⁰² VALENTE, Maria Silvina, Da licitude de intervenção do estado na limitação ao exercício do direito ao segredo bancário, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*, Lisboa, 2009, p. 979. A autora aborda a questão no confronto entre o interesse na administração da justiça e o dever de sigilo, com relevância para o princípio do interesse preponderante consagrado pelo art. 135.º do CPP, e para o qual o art. 519.º, nº 4 do CPC, a propósito do dever de cooperação para a descoberta da verdade também remete (actual art. 417.º CPC). Sobre esta matéria, ver os acórdãos: Ac. do TRL, de 20/01/09, proc. n.º 7806/2008-1; Ac. do TRL, de 29/06/06, proc. n.º 4949/2006-6; Ac. do TRL, de 27/03/2007, proc. n.º 1054/2007-5; Ac. do TRC, proc. n.º 421/08.0YRCBR; Ac. do TRC, de 06/04/2010, proc. n.º 120-C/2000.C1; Ac. do TCAN, de 13/03/2014, proc. n.º 00039/10.8BECBR-A.

Considera-se, nos termos analisados, que o interesse colectivo deve ser prevalecente, pois o segredo não pode levar a permitir que o crime e outras situações ilegítimas se mantenham impunes, em nome da privacidade, sendo que a quebra do segredo, serve finalidades, que são do interesse dos próprios cidadãos, que sofrem, entre outras, as consequências da sobrecarga gerada por essas mesmas violações. Há portanto um interesse social ínsito na quebra, o qual se encontra relacionado ao combate aos crimes tributários, que justificam a preponderância do interesse público. Estes consagram valores com tanto relevo como os que subjazem ao art. 26.º da CRP.

São retratados, a título de exemplo, dois casos relativamente recentes na nossa jurisprudência. Os Acs. do TCAN, de 27.03.2014 e TCAS, de 16.10.2014¹⁰³, querendo salientar, de ambos, os aspectos da derrogação do sigilo bancário, face a acréscimos patrimoniais não justificados, para percepção da importância da realização de um juízo de proporcionalidade na presença de interesses conflituantes.

De acordo com o art. 63.º-B da LGT, quanto ao acesso a informações e documentos bancários, nos termos do seu nº1, a Administração Tributária tem o poder de aceder, sem dependência do consentimento do titular dos elementos protegidos. Isto sucede, visto que no presente caso (Ac. TCAN) se verifica uma falta de veracidade do declarado, o que consta da al. b) do nº1 do art. 63.º-B, considerando-se a existência de uma discrepância entre os rendimentos do contribuinte provenientes de juros de depósito e os rendimentos efectivamente declarados, no ano em causa, não podendo essa discrepância ser justificada, nem com a aplicação de rendimentos de capitais do ano anterior, nem com a variação das condições de remuneração desses depósitos, o que constitui indício de falta de veracidade nos termos referidos. A decisão de acesso deve ser fundamentada com expressa menção dos motivos concretos que a justificam, nos termos do nº4 do art. 63.º-B. Em termos semelhantes, o Ac. do TCAS, considera que “constitui indicador suficiente de que a variação de rendimentos de juros de depósitos não pode ser justificada apenas com os rendimentos declarados no ano em causa, o facto de ser muitíssimo superior ao que seria possível obter com a aplicação desses rendimentos em depósitos a aplicação dos rendimentos de capitais do ano anterior e a taxa de juros remuneratórios que seria expectável obter em operações dessa natureza”, pelo que constitui um motivo concreto de necessidade de acesso a informações e documentos bancários.

¹⁰³ Acs. do TCA Norte, proc. n.º 00493/13.6BEVIS, de 27/03/2014, e TCA Sul, proc. n.º 07945/14, datado de 16/10/2014.

A derrogação do sigilo bancário, nos termos previstos no art. 63.º-B, deve obedecer a determinados pressupostos. Deve decorrer no âmbito de uma acção de fiscalização tributária (art. 63.º, nº3); nessa acção devem recolher-se indícios de incumprimento por parte do sujeito passivo, quanto aos deveres de colaboração, o que decorre das circunstâncias previstas no nº1 do art. 63.º-B; a derrogação do sigilo bancário deve ser necessária, adequada e proporcionada ao apuramento da situação tributária visado na inspecção (art. 63.º, nº1 e 55.º). No presente acórdão considerou-se tratar-se de um acréscimo patrimonial injustificado, o que justifica igualmente o acesso, nos termos da al. c) do nº1 do art. 63.º-B, a qual remete para o art. 87.º, nº1, al.f), que considera indício da existência de acréscimo patrimonial não justificado, o “acrécimo de património ou despesa efectuada, incluindo liberalidades, de valor superior a 100 000 euros, verificados simultaneamente com a falta de declaração de rendimentos ou com a existência, no mesmo período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados.”

A imposição pela Administração fiscal de limites ao sigilo bancário conduz à construção de uma lógica de cooperação, já referida, e que atribui um dever às instituições bancárias e sociedades financeiras de colaborarem com as entidades fiscais, encontrando-se aquelas, pelas actividades por si desempenhadas, numa posição privilegiada para o fornecimento de determinadas informações. Assim, visiona-se o papel destas entidades no controlo e fiscalização levado a cabo pela Administração tributária, além da colaboração que já deveria ser efectuada pelo contribuinte, e que se considera, nestes termos, extensível a terceiros face à relação jurídica tributária, tornando efectiva a aplicação das normas fiscais, com respeito pelos princípios constitucionais e com expressão na própria Lei Geral Tributária (art. 55.º).¹⁰⁴

¹⁰⁴ PALMA, Clotilde Celorico, A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais, *Colectânea de Estudos de Contabilidade e Fiscalidade: 10 anos de GEOTOC: 10 anos em memória do Professor Sousa Franco*, Lisboa, 2014, pp. 181 a 183, e 185. A autora considera, no entanto, que a AT nem sempre respeita os princípios referidos, apelando a que o dever fundamental de pagar imposto não deve permitir o acesso irrestrito, o qual seria contrário aos valores constitucionais. Para si, o regime de derrogação do sigilo, não é o mais adequado na prossecução do objectivo de combate à fraude e evasão e de manutenção das garantias dos contribuintes, apontando a sua crítica no sentido de o considerar mais repressivo do que preventivo, face ao largo poder discricionário conferido à Administração Fiscal.

3. Posição adoptada

É indubitável a consagração do segredo bancário como direito fundamental, que integra e salvaguarda o direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto pelo art. 26.º, nº1 da CRP, pelo que se tem por irrelevante a discussão relativamente à existência de várias esferas com diferentes níveis de protecção, e que estariam contidas neste direito. Desconsidera-se por esta via, a bipartição entre uma esfera íntima e outra privada, ou de uma reserva absoluta face a uma reserva relativa. Nestes termos, defende-se a atribuição de relevância aos dados económicos enquanto reveladores de aspectos da vida pessoal do indivíduo, e como tal derivam do direito fundamental, sendo uma sua dimensão essencial.

Assumindo o segredo como direito fundamental, segue-se a questão da admissibilidade de cedências em favor da Administração Fiscal, devendo com esse objectivo, ter-se em consideração o actual quadro de levantamento do sigilo, e todo o percurso evolutivo, iniciado pelo acesso independente de autorização judicial, e posteriormente à permissão da obtenção de dados bancários sem consentimento do contribuinte, assim como mecanismos, de troca automática de informações por parte das entidades financeiras. Estas situações de acesso são admissíveis na nossa lei, não sendo justificável uma defesa acérrima do segredo em toda e qualquer circunstância, não devendo esquecer, no entanto, que as restrições efectuadas não devem exceder o necessário, e devem respeitar o princípio da proporcionalidade, o qual é exigido ainda pelo art. 266.º, nº2 da CRP, quanto à actuação dos agentes da administração. Não se quer assim dizer, que o segredo, como direito fundamental que é, deva ficar apagado, pelo contrário, deve ser protegido, e a sua quebra exige que seja realizada uma conciliação de interesses. A ponderação deve ser realizada nos termos do art. 18.º, nº2 da CRP, o que não pode deixar de ser feito cautelosamente, e caso a caso.

O segredo tem que ser analisado tendo em conta a realidade contemporânea em que vivemos, a qual é marcada por um clima de maior transparência fiscal e cooperação, quer internamente, quer internacionalmente, o que confirma uma abertura da confidencialidade, em termos de levantamento do segredo, que caso contrário impossibilitaria esses mesmos objectivos, discutidos nos fóruns internacionais e europeus, cujas preocupações foram sendo transpostas para o âmbito nacional. No período actual deixa de fazer sentido a opacidade, para dar prevalência aos valores

públicos, e não apenas ao interesse meramente individual. É este paradigma, que ao longo deste estudo se visionou, e foi também esta a orientação seguida na doutrina e na jurisprudência.

Opor obstáculos ao acesso à fiscalização gera desigualdades perante os contribuintes cumpridores, e que declaram todos os seus rendimentos, encontrando-se sujeitos à tributação, e os outros, que através de esquemas fraudulentos, evitam que certos rendimentos sejam objecto de incidência tributária. Assim sendo, está em causa a erosão das bases de tributação, o que vai implicar uma sobrecarga dos restantes contribuintes, daí a relação existente entre a evasão e o aumento da tributação. Esta questão traz um problema que é cíclico, pois o aumento da carga fiscal induz os contribuintes a procurarem maneiras de proceder à fuga de modo a reduzir a tributação, e portanto há todo o interesse de a administração fiscal poder averiguar as transacções efectuadas relativamente às contas bancárias, por forma a evitar injustiças ao nível fiscal.

O interesse colectivo visa tutelar valores tão importantes como o segredo bancário, face ao princípio da igualdade, da capacidade contributiva (art. 104.º), assim como o dever fundamental de pagar impostos que se depreende do art. 103.º da CRP, tornando-se essencial no combate ao crime, à fraude e evasão fiscais. A prossecução das finalidades do sistema fiscal exige a derrogação do sigilo bancário. Esta posição aproxima-se assim do referido pela Professora Paula Elisabete Barbosa, ao estabelecer a relevância da derrogação para efeitos fiscais, considerando-os igualmente valores constitucionalmente consagrados. Podemos afirmar com segurança, face ao exposto, que as decisões vão no sentido da prevalência do interesse colectivo, deixando cair o plano individual, sendo a derrogação do sigilo bancário a regra nos nossos dias, não podendo deixar de se constatar a falta de responsabilidade, na vertente fiscal, que se visiona na sociedade actual.

Conclusão

O sigilo bancário é fundamental na relação estabelecida entre o Banco e o seu cliente. Esta relação deve salvaguardar a privacidade do cliente, que foi o objecto central deste estudo, e deve pautar-se pela confiança entre as partes, sendo um valor de relevância máxima neste domínio.

Foram ainda apontados outros fundamentos, que se manifestaram também essenciais no âmbito do sigilo bancário. A começar pelo bom nome das próprias instituições bancárias, às quais os clientes só recorreriam se estivessem seguros que as informações partilhadas não seriam divulgadas ou utilizadas. Ainda mais além, o segredo demonstrou que tem um papel de extrema importância para o desenvolvimento económico e social, pois é primordial para o desenvolvimento, a captação de poupanças e investimento, o que só se torna possível se existir uma situação de confiança consolidada na Banca.

Considerou-se também o segredo bancário como direito fundamental, onde se configurou a divergência doutrinária em torno da referida questão, acabando por concluir, que este direito é uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Ao interesse privado subjacente ao segredo bancário, entendeu-se que se deveriam contrapor outros interesses, que se vêm afirmando no nosso ordenamento.

As influências do direito internacional e europeu, marcadas pela transparência fiscal e pela maior cooperação entre Estados, foram conducentes à consagração na nossa legislação de alterações que demonstram o percurso evolutivo no sentido da abertura da obrigação de discrição. O acesso passou a ser realizado sem autorização judicial, verificando-se ainda casos de acesso sem consentimento do titular dos elementos protegidos, mas devendo mencionar os motivos concretos que justificam essa intervenção, e ainda forma estabelecidas situações de troca automática de informação.

O sigilo passou a ser visto como um impedimento para atingir as finalidades pretendidas, visto que uma maior transparência exige correlativa transparência da actividade financeira.

Além do acesso comportar a possibilidade de invasão da intimidade/privacidade, são ainda apontados outros factores em oposição às investidas da autoridade fiscal, os quais consistem no afastamento de certos investidores, ou num eventual abuso por parte das

próprias autoridades fiscais que podiam usar de um poder arbitrário relativamente às finalidades dessa intervenção, ou mesmo proceder à revelação de determinadas informações perante terceiros. Ora quanto a este aspecto conclui-se ainda que as informações estariam sempre protegidas pelo sigilo fiscal, cujo desrespeito gera ainda responsabilidade para os infractores. Portanto, este não é também um argumento legítimo, e serve ainda para entender que as garantias dos contribuintes não deixam de ser respeitadas.

A fraude e evasão são também obstáculos à arrecadação de receitas pelos Estados, o que conduz a situações de desigualdade e põe em causa o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva, mas sobretudo, põe em causa as ideias de solidariedade e denota uma falta de sentido de responsabilidade, pelo que se defende a importância da obrigação de pagamento de impostos. Daí que seja justificável que o segredo possa ceder, tendo em vista a salvaguarda de outros interesses e princípios constitucionalmente previstos, e também relevantes para os cidadãos, cabendo realizar uma ponderação para a sua quebra, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Não se quer por esta via aniquilar o segredo bancário, não se defendendo um acesso irrestrito, o que seria contrário aos valores constitucionais, mas quer-se apenas compreender que há situações em que este deve efectivamente ceder para tutelar interesses superiores, mas com o esforço no sentido de que este direito seja lesado o menos possível. O segredo não é pois um direito absoluto, e é manifesto e necessário o limite que o direito fiscal lhe impõe.

Bibliografia

AZEVEDO, Maria Eduarda, O segredo bancário e a fiscalidade: a perspectiva portuguesa, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº428, Lisboa, 2012, pp. 7 a 39.

BARBOSA, Paula Elisabete Henriques, Do valor do sigilo - O sigilo bancário, sua evolução, limites: Em especial o sigilo bancário no domínio fiscal – A reforma fiscal, *RFDUL*, Vol.46, nº2, Coimbra, 2005, pp. 1229 a 1292.

CORDEIRO, António Menezes

- Sigilo bancário: fica a saudade?, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Lisboa, 2014, pp. 11 a 57.

- Direito Bancário, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 352 a 395.

- Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, Tomo III, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 247 a 258.

GOMES, Noel, Segredo Bancário e Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 72 e ss.

GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ªed., Coimbra, 1993, pp. 181 e 182.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, *Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 4ª ed., Coimbra, 2008, pp. 284 e 285.

NABAIS, José Casalta

- Direito Fiscal, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 155 e ss

- O dever fundamental de pagar impostos, Almedina, 1998, pp. 617 e ss.

- Algumas reflexões sobre a recente reforma fiscal, *Fiscalidade*, nº10, 2002, pp. 21 e ss.

NOVAIS, Jorge Reis, Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa, Coimbra, 2004, pp. 178 a 186.

OTERO, Paulo, Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 640 e ss.

PALMA, Clotilde Celorico, A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais, *Colectânea de Estudos de Contabilidade e Fiscalidade: 10 anos de GEOTOC: 10 anos em memória do Professor Sousa Franco*, Lisboa, 2014, pp. 173 a 185.

PALMA, Maria Fernanda, Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário, *in 2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, 2010, pp. 189 a 200.

PATRÍCIO, José Simões, Direito Bancário Privado, Lisboa, 2004, pp. 128 a 132.

PAÚL, Jorge Patrício, O regime de acesso da administração fiscal às informações e documentos bancários, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Vol. II, Coimbra, 2006, pp. 477 a 492.

PINTO, Paulo Mota, O direito à reserva da intimidade da vida privada”, BFDUC, nº69, Coimbra, 1993, pp. 530 e ss.

PIRES, Manuel, Segurança e Protecção da Confiança Legítima do Contribuinte – A intimidade da vida privada, *Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte*, Lisboa, 2012, pp. 63 a 137.

PIRES, Rita Calçada, Cumprir e querer cumprir. A segurança e a confiança na relação entre o contribuinte e a administração fiscal, *Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte*, Lisboa, 2012, pp. 257 a 263.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o fisco, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: economia, finanças públicas e direito fiscal*, Vol. II, Coimbra, 2013, pp. 295 a 326.

RODRIGUES, Benjamim, O sigilo bancário e o sigilo fiscal, *Sigilo bancário*, Lisboa, 1997, pp. 104 e ss.

SANCHES, José Luís Saldanha

- A situação actual do sigilo bancário: A singularidade do regime português, *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, 1999, pp. 361 a 373.

- Segredo bancário, segredo fiscal: Uma perspectiva funcional, *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, Lisboa, 2005 pp. 21 a 42.

- Segredo bancário e tributação do lucro real, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 377, Lisboa, 1995, pp. 22 a 42.

- Manual de Direito Fiscal, 3ª ed., Coimbra, 2007, pp. 209 e ss.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, O segredo bancário: Em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, 2002, pp. 157 a 223.

VALENTE, Maria Silvina, Da Licidade da Intervenção do Estado na Limitação ao Exercício do Direito ao Segredo Bancário, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70º aniversário*, Lisboa, 2009, pp. 965 a 988.

XAVIER, Alberto, Direito Tributário Internacional, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 771 a 785.

Telles de Abreu Advogados, Transparência Fiscal: Troca Automática de Informações Financeiras, disponível em:

http://www.telles.pt/wp-content/uploads/2015/09/Transparencia_Fisca.pdf

RFF Advogados, A assistência mútua na cobrança dos créditos tributários, disponível em:

http://www.rffadvogados.pt/xms/files/KNOW_HOW/Newsletters/2012/12_-_Dezembro/168581_1.pdf

Índice

Menções diversas	ii
Resumo	iv
Introdução	01
Capítulo I – O sigilo bancário	03
1. Conceito e Enquadramento	03
2. Fundamentos	06
3. Limites: O sigilo bancário na relação jurídica fiscal	09
Capítulo II – As implicações tributárias do sigilo bancário	16
1. As implicações tributárias do sigilo bancário em Portugal: Relato de uma evolução Legal	16
2. A influência internacional e comunitária: A era da transparência fiscal	30
2.1 A troca de informações	30
2.2 Assistência em matéria de cobrança de impostos	40
Capítulo III – O direito à reserva da intimidade da vida privada e o interesse da Administração Tributária na derrogação do sigilo bancário	45
1. A derrogação do sigilo bancário como restrição aos direitos fundamentais: A exigência constitucional de protecção da situação financeira	45
2. O levantamento do sigilo bancário	49
2.1 Da relevância da ponderação de interesses para fins tributários	49
2.2 Da prevalência do interesse público	54
3. Posição adoptada	57
Conclusão	59
Bibliografia	61